

DROIT DES SOCIÉTÉS DROIT PÉNAL

Ce fascicule comprend :

La série 04

NOTE AUX ÉLÈVES

Le devoir 6 est associé à cette série et à envoyer à la correction (se reporter au calendrier d'envoi des devoirs dans le guide de la formation).

Objectifs de la série

Le droit pénal est l'ensemble des normes juridiques qui réglementent le recours de l'État à la sanction pénale. L'idée selon laquelle le crime, au sens large, est un fait brut, une violence faite aux personnes, à leurs biens, sentiments ou valeurs, est donc fautive. Certes la criminologie est l'étude scientifique du phénomène criminel. Et la victimologie est un aspect de cette science du crime, limité à l'étude de la victime. Car le crime est certes un fait, mais un fait juridique, un comportement défini par la loi et puni d'une peine par cette même loi pénale : « *Le crime, en entendant cette expression dans un sens très général, peut être défini : un acte contre lequel la société réagit au moyen d'une peine. Le crime et la peine sont donc des phénomènes sociaux, soumis aux lois de la sociologie, et ainsi conditionnés par tous les changements apportés à l'organisation sociale, par exemple par les variations du milieu économique et, plus encore, par l'état des croyances morales et du degré de culture de chaque époque et de chaque peuple* », Émile Garçon, 1851-1922, *Le droit pénal, origines, évolution, état actuel*, Paris, Payot, 1922, p. 3. D'une certaine façon, c'est donc la société, et plus particulièrement le droit qui crée le criminel.

Traditionnellement on distingue au sein du droit pénal soit en fonction de l'objet des règles soit en fonction de la finalité des règles.

Première distinction : Les branches du droit pénal. Au sein du droit pénal, certaines règles concernent certains aspects seulement de la vie sociale. Le droit pénal des affaires par exemple, en effet réunit les infractions qui peuvent se commettre dans la vie des affaires. Plus exactement, il se définit comme « la branche du droit pénal qui sanctionne, d'une part, les atteintes à l'ordre financier, économique et social et à la qualité de la vie ; d'autre part, les atteintes à la propriété, la foi publique, l'intégrité physique des personnes, lorsque l'auteur a agi dans le cadre d'une entreprise, soit pour le compte de celle-ci, soit pour son propre compte, si le mécanisme de l'infraction est lié à l'existence de pouvoirs de décision essentiels à la vie de l'entreprise » (Vers des principes directeurs internationaux de droit pénal, *Criminalité économique*, Vol. I, Europe, Direction M. Delmas-Marty.) Le droit pénal des affaires est donc une branche du droit pénal, c'est-à-dire du droit de l'infraction, de fait illicite et de la réaction sociale que ce fait engendre.

Seconde distinction : Le droit pénal général et le droit pénal spécial. Le droit pénal général établit les principes généraux relatifs à la loi pénale, à la responsabilité pénale, et à la peine. Le droit pénal spécial traite plus particulièrement de la définition de chacune des infractions. Le droit pénal va en effet chercher à définir les différents crimes possibles, déterminant ainsi précisément les pratiques licites pour tel ou tel milieu particulier comme l'entreprise, ou la profession d'expert-comptable ou de commissaire aux comptes...

L'objectif de la série 04 est de comprendre les grands principes du droit pénal qui s'appliquent dans diverses branches du droit, et donc au droit pénal des sociétés. Elle a été conçue comme autosuffisante, ce qui explique l'absence volontaire de bibliographie. Les articles de loi les plus importants du droit pénal seront reproduits afin d'éviter l'acquisition de nombreux Codes qui contiennent des dispositions de droit pénal (Code pénal, du commerce, des sociétés, de la concurrence, du travail...). Les articles de lois, à défaut de précisions, renvoient au Code pénal.

SÉRIE 04

DROIT PÉNAL

PLAN DE LA SÉRIE

<i>DROIT PÉNAL GÉNÉRAL - LES PRINCIPES</i>	9
TITRE I. L'INCRIMINATION PÉNALE	9
CHAPITRE 1. LA LOI PÉNALE	10
Section 1. La définition des infractions par la loi	10
Section 2. La classification des infractions	11
Section 3. La connaissance des infractions	11
Section 4. Le régime des infractions.....	13
CHAPITRE 2. L'AGENT PÉNAL	15
Section 1. L'élément matériel du comportement de l'agent pénal.....	15
Section 2. L'élément psychologique du comportement de l'agent pénal.....	19
TITRE II. LES PERSONNES RESPONSABLES	31
CHAPITRE 1. LA RESPONSABILITÉ DES PERSONNES PHYSIQUES	32
Section 1. Le chef d'entreprise.....	32
Section 2. Le titulaire d'une délégation du chef d'entreprise.....	34
CHAPITRE 2. LA RESPONSABILITÉ DES PERSONNES MORALES	39
Section 1. L'imputation de la responsabilité pénale à la personne morale.....	41
Section 2. La commission de l'infraction par des personnes physiques.....	45
TITRE III. LES PROCÉDURES APPLICABLES	51
CHAPITRE 1. LA CONSTATATION DES INFRACTIONS	51
Section 1. Les personnes privées.....	51
Section 2. Les autorités administratives	53
Section 3. La police judiciaire	56
CHAPITRE 2. LA PROCÉDURE	58
Section 1. La demande	59
Section 2. La poursuite	65
Section 3. Les alternatives au classement sans suite et au jugement	66
Section 4. L'instruction.....	68
Section 5. La qualification des faits par le juge	70
CHAPITRE 3. LES SANCTIONS	73
Section 1. Les peines prévues par la loi.....	74
Section 2. Les peines prononcées par le juge	79

TEST DE COMPRÉHENSION.....	86
EXERCICES D'APPLICATION	87

DROIT PÉNAL SPÉCIAL - LES INCRIMINATIONS..... 92

TITRE I. LA PROTECTION DE LA PERSONNE.....	92
CHAPITRE 1. LES ATTEINTES À L'INTÉGRITÉ CORPORELLE	92
Section 1. L'homicide et les atteintes involontaires à l'intégrité de la personne	92
Section 2. La mise en danger d'autrui	95
Section 3. Le non-respect d'une règle de sécurité (le délit de l'article L. 263-2 du Code du travail)	96
CHAPITRE 2. LES INFRACTIONS AUX DROITS FONDAMENTAUX DE LA PERSONNE	97
Section 1. La discrimination	97
Section 2. Le harcèlement sexuel.....	100
Section 3. Le harcèlement moral.....	101
CHAPITRE 3. LE TRAVAIL ILLÉGAL.....	106
Section 1. Le délit d'emploi irrégulier d'étranger en France	107
Section 2. Le délit de fourniture illicite ou de prêt de main-d'œuvre.....	107
Section 3. Le délit de travail dissimulé ou de dépassement de la durée de travail	107
CHAPITRE 4. LE DÉLIT D'ENTRAVE.....	111
Section 1. L'entrave aux fonctions de représentation des salariés.....	111
Section 2. L'entrave à la liberté du travail.....	114
Section 3. L'entrave aux contrôles du travail	114
TITRE II. LE DROIT PÉNAL DE L'ACTIVITÉ ÉCONOMIQUE.....	116
CHAPITRE 1. LE DROIT PÉNAL DES SOCIÉTÉS	117
Section 1. Les infractions commises à la constitution des groupements.....	117
Section 2. Les infractions relatives aux assemblées	119
Section 3. Infractions relatives aux comptes des sociétés	120
Section 4. Infractions applicables aux commissaires aux comptes.....	123
Section 5. Infractions relatives aux biens des sociétés : L'abus de biens sociaux, du crédit et des pouvoirs.....	126
Section 6. Infractions relatives aux marchés financiers : le délit d'initié.....	129
Section 7. Le nouveau dispositif du droit américain : la loi Sarbanes-Oxley	131
CHAPITRE 2. LE DROIT PÉNAL DE LA CONCURRENCE	138
Section 1. Les ententes.....	139
Section 2. L'abus de position dominante.....	140
Section 3. Le délit d'action frauduleuse dans les pratiques anticoncurrentielles.....	141
CHAPITRE 3. LE DROIT PÉNAL DE LA VENTE	142
Section 1. L'information et la vente.....	142
Section 2. Les pratiques de vente.....	146
Section 3. Le paiement de la vente.....	150
CHAPITRE 4. LE DROIT PÉNAL FISCAL	153
Section 1. Le délit général de fraude fiscale.....	153
Section 2. Les délits annexes	155

TITRE III. LA PROTECTION DES BIENS	157
CHAPITRE 1. LA PROTECTION DE LA MORALE DES AFFAIRES.....	157
Section 1. Le vol.....	157
Section 2. Le faux et l'usage de faux	158
Section 3. L'escroquerie	160
Section 4. La banqueroute	162
Section 5. L'abus de confiance.....	163
Section 6. La corruption.....	165
Section 7. Le recel.....	169
Section 8. Le blanchiment	170
CHAPITRE 2. LA PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE	172
Section 1. La contrefaçon	172
Section 2. Les systèmes informatiques	173
DEVOIR AUTOCORRIGÉ À NE PAS ENVOYER À LA CORRECTION.....	178

DROIT PÉNAL GÉNÉRAL - LES PRINCIPES

« Par nature, le droit pénal général a une fonction de synthèse, puisqu'il se donne pour objet l'étude des principes généraux qui, placés à la base de la répression, sont de nature à s'appliquer à toutes les infractions ou à un grand nombre d'entre elles. Il fait une étude abstraite de l'infraction, il élabore une théorie générale du délinquant, il détaille les sanctions et leur régime » (Roger Merle et André Vitu, *Traité de droit criminel*, Cujas, 2 tomes, tome I, 7^e éd. 1997, tome II, 4^e éd. 1989).

Au sein de ces grands principes, nous distinguerons les trois questions fondamentales qui résument le droit pénal, et qui se posent très concrètement :

- Quels faits sont punissables ?
- Quelles personnes peuvent être sanctionnées ?
- Quelles sanctions sont applicables ?

1^{re} PARTIE : DROIT GÉNÉRAL – LES PRINCIPES

TITRE I. L'INCRIMINATION PÉNALE

Pourquoi punir ? : « Punir pour établir des bornes. Lieu d'élection des grands interdits fondateurs, le droit pénal aurait pour fonction essentielle d'instaurer une société en restaurant, par la peine, les valeurs offensées par le crime et d'instituer l'homme, par le repérage des limites » (M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Le Seuil, 1994, p. 29). Ainsi le droit pénal exprime des choix politiques. Le droit pénal est une politique de l'État. Son outil est l'incrimination. Mais ce pouvoir de l'État est trop grand, trop dangereux pour n'être pas strictement encadré, particulièrement par le principe de légalité des crimes et des peines. La notion d'incrimination pénale et son régime singularisent ainsi le droit pénal parmi les autres branches du droit.

Les faits punissables sont appelés en droit pénal des infractions. Les infractions sont des actes positifs ou omissions sanctionnés par la loi pénale. Cette définition suppose que la punition soit prévue par la loi : c'est donc un texte qui permet d'identifier l'infraction. C'est le premier élément constitutif de l'infraction : l'élément légal. Mais pour qu'il y ait infraction, il faut aussi un acte ou une abstention, bref, un élément matériel, second élément de l'infraction. Enfin, la commission doit avoir été faite en toute connaissance de cause : c'est la conscience, qui est l'élément intentionnel, troisième élément de l'infraction. Ces trois éléments constitutifs de l'infraction sont cumulatifs, c'est-à-dire que l'infraction n'est constituée qu'à la condition qu'ils soient tous trois réunis.

L'infraction, ou délit pénal, au sens large, peut être alors redéfinie plus simplement comme un fait puni par la loi et qui peut être imputé à une personne. Certains distinguent l'incrimination de l'infraction. L'incrimination est le fait pour le législateur de rendre un comportement criminel. L'infraction serait plus précisément l'attitude d'une personne qui transgresse l'interdit du législateur. Le législateur définit donc des incriminations, et les individus commettent des infractions.

Cette définition doit cependant être précisée car techniquement on distingue trois éléments constitutifs de l'infraction : l'élément légal, matériel et moral. Prenons un exemple concret, l'incrimination de vol.

Article 311-1 :

« Le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui. »

Article 311-3 :

« Le vol est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende. »

L'on dit communément que l'élément légal de cette infraction est l'article 311-1 du Code pénal. Cet article définit en effet cette incrimination. L'élément matériel est le comportement prohibé, soustraire la chose d'autrui. Et l'élément moral ou psychologique est l'existence, chez l'auteur de l'infraction, d'une intention frauduleuse. Le vol est en effet une infraction intentionnelle.

Étudions chacun de ces trois éléments.

CHAPITRE 1. LA LOI PÉNALE

Section 1. La définition des infractions par la loi

L'élément légal de l'infraction exprime un principe politique fondamental, le principe de légalité. Ce principe a une signification simple : les règles de droit pénal sont exprimées par la loi. Ce principe, aujourd'hui formulé le plus souvent par l'expression selon laquelle « il n'y a ni infraction ni peine sans texte » les prévoyant, est hérité de la locution latine « *Nullum crimen nulla poena sine lege* », élaborée au XIX^e siècle par le criminaliste Feuerbach. Ce principe résulte d'une crainte de l'arbitraire du juge et de l'exécutif, mais aussi d'une faveur pour la loi, expression de la volonté générale. Concrètement, un juge ne peut créer une nouvelle incrimination ou prononcer une peine supérieure à celle qui est prévue par le texte. Cette garantie des droits individuels exclut l'arbitraire du pouvoir, quel qu'il soit.

Ce principe, absolu à son origine, subit aujourd'hui une double limitation.

- D'une part, la notion de légalité pénale a évolué. La Constitution distingue selon les incriminations, les crimes et les délits où une loi, au sens strict, texte voté par le Parlement (art. 34 de la Constitution) est nécessaire, et les contraventions, qui sont du seul domaine réglementaire (art. 37 de la Constitution). Cette distinction est reprise par le Code pénal :

Art. 111-3 Code pénal

« Nul ne peut être puni pour un crime ou un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi ou une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement. »

Désormais, le pouvoir réglementaire peut donc être à l'origine de la « loi » pénale au sens général du principe de légalité.

- D'autre part, les pouvoirs du juge renaissent depuis le Code pénal de 1810 (dit désormais Ancien Code pénal) qui avait tenté de les limiter. Le principe dit de l'individualisation des peines permet au juge de prononcer des peines en étant fort peu encadré par la loi. Par exemple, dans le Code pénal de 1994 (dit parfois Nouveau Code pénal, et le plus souvent Code pénal) le législateur édicte seulement un maximum au-dessous duquel le juge est totalement libre de fixer le montant de la peine. La peine prononcée, dans la limite de ce maximum, est choisie par le juge d'une façon pratiquement discrétionnaire. Or, ces maximums sont parfois très élevés, l'escroquerie et l'abus de confiance étant par exemple sanctionnés d'une amende dont le montant est au maximum de 375 000 €. Et le Nouveau Code pénal a aussi supprimé les minimums, ce qui donne d'autant plus de pouvoir au juge.

Le principe de légalité subsiste cependant, la nécessité d'un texte étant toujours nécessaire aux poursuites et condamnations pénales, ce texte devant définir en termes généraux et impersonnels l'agissement interdit, et fixer le maximum de la sanction encourue. Subsistent aussi les deux

corollaires de ce principe que sont la non-rétroactivité et l'interprétation stricte de la loi pénale (*voir infra*).

Section 2. La classification des infractions

La loi répartit les infractions pénales en trois classes (111-1 NCPP) « les infractions pénales sont classées, suivant leur gravité, en crimes, délits et contraventions » : les contraventions, lorsque le fait est punissable d'une amende n'excédant pas 1 500 € ; les délits correctionnels lorsque la peine encourue est une amende supérieure à 1 500 € ou une peine d'emprisonnement inférieure à 10 ans. Les crimes sont les infractions les plus graves, punissables d'une peine de réclusion d'au moins 10 ans.

Cette classification est donc faite en fonction de la gravité de l'infraction, et les conséquences de cette typologie sont fondamentales, au moins à trois égards.

- D'abord, pour la procédure. À chaque catégorie d'infraction correspond une procédure particulière. Par exemple, chaque incrimination a un juge différent : tribunal de police, correctionnel, Cour d'assises. Autre exemple, la procédure de la comparution immédiate (flagrants délits) n'est possible que pour la poursuite des délits.
- Ensuite, les règles de prescription sont différentes. La prescription de l'action publique, c'est-à-dire le délai à partir duquel un individu ayant commis une infraction ne pourra plus être poursuivi, est d'un an pour les contraventions, trois ans pour les délits, dix ans pour les crimes. La prescription de la peine, c'est-à-dire le délai à partir duquel un individu étant définitivement condamné ne pourra plus se voir obligé d'exécuter sa peine, est de deux ans pour les contraventions, cinq ans pour les délits, vingt ans pour les crimes.
- Enfin, pour la tentative. La tentative est toujours punissable en matière de crime, jamais en matière de contravention, et en matière de délits si la loi le prévoit expressément.

Les autres classifications des incriminations sont d'une bien moindre portée. Par exemple, on distingue parfois les infractions de droit commun (abus de confiance, escroquerie, faux...) et **les infractions spéciales telles les** infractions d'affaires. Certes, le droit pénal des affaires existe ! Les délits d'omission y sont courants. Par exemple la non-convocation du commissaire aux comptes, la non-révélation de faits délictueux par celui-ci au procureur de la République... Sur le plan de la procédure, la loi du 6 août 1975 a prévu la spécialisation de certains tribunaux correctionnels pour la poursuite, l'instruction et le jugement des infractions commises en matière économique et financière (art. 704 à 706 du Code de procédure pénale). Certes, le caractère occulte de cette criminalité a incité le juge à créer pour certaines incriminations une règle particulière en matière de prescription (la connaissance des faits non leur commission). Mais les principes généraux du droit pénal s'appliquent aussi en cette matière. Par exemple, ce sont justement les incriminations de droit commun qui ont le plus vocation à s'appliquer en matière de délinquance économique !

Section 3. La connaissance des infractions

I. Les sources du droit pénal

L'article 111-3 précise que les sources du droit pénal sont la loi pour les crimes et délits, et le règlement pour les contraventions. Ces sources sont aujourd'hui codifiées dans le Code pénal applicable au 1^{er} mars 1994, qui modifie ou précise les grands principes traditionnels du code pénal de 1810. Cependant, l'ensemble des textes répressifs ne figure pas dans ce code ! De très nombreuses lois de droit du travail, commercial, etc. prévoient des sanctions, qui ne se trouvent que dans ces textes épars. Le Livre V du Code pénal doit (un jour ?) les codifier. Actuellement, cette tâche est parfois

réalisée partiellement par les auteurs des codes annotés. La connaissance du droit pénal est cependant rendue très incertaine par cette dissémination des infractions dans la législation.

La technique de la rédaction législative connaît de plus en plus une grave crise. Par exemple, la technique du renvoi donne à la connaissance de l'élément matériel de l'infraction une grande incertitude. Ainsi, la loi du 15 juillet 1975 relative à l'élimination des déchets et à la récupération des matériaux, dans son article 24, sanctionne d'un emprisonnement correctionnel et d'une amende la violation de nombreuses prescriptions de la loi, dont celles de l'article 9. Or, cet article 9 renvoie aux articles 2 et 8. Cet article 2 dispose qu'il faut assurer l'élimination des déchets « conformément aux dispositions de la présente loi, et les articles 2 et 8 posent en outre des conditions « destinées à être prises en décret ». Bien malin et bien informé celui qui connaîtra les éléments de cette incrimination !

Autre exemple, le renvoi d'un texte pénal, tel le texte qui définit la faute d'imprudence (délit) en cas de lien indirect entre faute et dommage (bref en cas de faute du décideur), à des textes techniques (« loi et règlements ») pourtant non pénalement sanctionnés ou seulement sanctionnés d'une contravention, et qui imposent des obligations « de prudence et de sécurité ». Car l'entreprise est submergée de ces textes modifiés plusieurs fois par an, et dont cependant le non-respect, en cas de dommage à l'intégrité physique des personnes, va entraîner une responsabilité pénale de nature délictuelle. Un seul exemple, l'arrêté du 12 avril 2006 modifie pour la sixième fois l'arrêté du 1^{er} juin 2001 relatif au transport des marchandises dangereuses par route (*JO* 30 juin ; pour les cinq précédents arrêtés modificatifs (V. Arr. 5 déc. 2002, *JO* 27 déc. ; Arr. 7 juill. 2003, *JO* 8 août ; Arr. 20 déc. 2004, *JO* 31 déc. ; Arr. 8 juill. 2005, *JO* 3 août ; Arr. 16 mars 2006, *JO* 1^{er} avr.). Car dès lors qu'un produit est classifié comme étant une marchandise dangereuse, il doit être transporté en respectant un certain nombre de prescriptions relatives au véhicule, à l'emballage, aux documents de transport, à la signalisation, aux règles de circulation, au lieu de chargement et de déchargement et des citernes, la désignation du conseiller à la sécurité, dont le rôle principal est de produire un rapport annuel des activités de l'entreprise en matière de flux expédiés et reçus et de signaler tout accident lors du chargement ou du déchargement, le transport des artifices de divertissement (?) ainsi que le transport d'appareils de radiographie gamma portatifs et mobiles (??).

Aussi, la Cour de cassation refuse-t-elle parfois de sanctionner sur la base de textes obscurs et imprécis « ne définissant aucune incrimination claire et précise, permettant au juge pénal de s'assurer que les faits poursuivis sont de ceux que l'autorité réglementaire a entendu réprimer » (Cass. crim. 1^{er} février 1990, relatif à l'article R. 362-4 du Code des communes relatif aux pompes funèbres ; mais aussi Cass. crim. 30 novembre 1992, Ingels).

II. *L'interprétation du droit pénal*

Le principe de légalité emporte celui de l'interprétation stricte de la loi pénale, posé à l'article 111-4, « La loi pénale est d'interprétation stricte », et à l'article 111-5, « Les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels ».

La combinaison de ces deux articles permet de mieux cerner l'interprétation du droit pénal par le juge.

- D'une part, le juge pénal bénéficie d'un réel pouvoir d'interprétation. Il exerce même le contrôle de légalité ou de non-conformité de la loi pénale. Une personne poursuivie devant une juridiction répressive peut en effet, au moyen d'une exception d'illégalité, invoquer l'illégalité du texte qui constitue le fondement de l'action publique. Le nom de cette exception résulte de l'histoire, et masque en fait sa double nature : soit contrôle de l'illégalité au sens strict si le texte objet de l'exception est réglementaire et qu'il ait invoqué sa contrariété à une loi ; soit contrôle de non-conformité si le texte objet de l'exception est réglementaire ou légal, et qu'il ait invoqué sa contrariété à un traité international, telle la Convention européenne des droits de l'homme.

- D'autre part, le juge pénal chargé d'interpréter la loi ne doit pas l'étendre à des situations autres que celles expressément visées par la loi pénale. Cette interprétation restrictive prohibe l'interprétation par analogie, ou interprétation forcée du texte, qui étendrait l'infraction au-delà des cas prévus par le sens clair, logique et actuel de la loi.

EXEMPLES

- Le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale a des conséquences pratiques très importantes. Ainsi, le fait, pour un expert, de falsifier les données ou les résultats de l'expertise est réprimé et puni par l'article 434-20 du Nouveau Code pénal. Il ne faisait toutefois l'objet d'aucune incrimination particulière sous l'ancien Code pénal. En vertu du principe de l'interprétation stricte des textes pénaux, il n'est pas possible de poursuivre de tels faits, commis avant l'entrée en vigueur du Code pénal actuel, sous la qualification de faux témoignage prévue par l'article 362 de l'ancien Code pénal. En effet, il n'est pas possible d'assimiler l'expert au témoin, dès lors que le premier est chargé de donner un avis sur une question technique et que le second doit relater des faits vus ou entendus. En outre, les formules de leurs prestations de serment respectives sont différentes. En conséquence, l'action de la partie civile doit être déclarée irrecevable. (CA Paris, 11^e ch. B, 24 avril 1997 ; Tourin et a. : Juris-Data n° 021030). L'interprétation stricte de la loi pénale est alors liée aux principes d'application de la loi dans le temps (*voir infra*).
- L'article 122-5, alinéa 2, admet la légitime défense des biens, mais la soumet à des conditions plus restrictives que la défense des personnes. Ainsi, outre la proportionnalité, la riposte n'est légitimée que si elle intervient pour interrompre l'exécution d'un crime ou d'un délit contre un bien. L'interprétation stricte de la loi pénale interdit donc de légitimer la riposte à une atteinte aux biens qui ne constitue qu'une contravention. L'arrêt rendu par la cour d'appel de Toulouse le 24 janvier 2002 en fournit une illustration : une altercation était survenue entre deux voisins à propos du passage d'un véhicule sur un chemin prétendument privé. L'un des protagonistes avait donné un coup de pied dans la carrosserie du véhicule appartenant à l'autre. Ce dernier avait répliqué en infligeant à l'auteur de ce coup de pied des violences qui, en l'absence d'ITT subie par la victime, ne constituaient qu'une contravention. Poursuivi pour violences volontaires, il invoqua le fait justificatif tiré de la légitime défense des biens. Mais, la cour d'appel lui en refuse le bénéfice. Certes, il y avait proportion entre l'attaque et la riposte qui, l'une et l'autre, avaient consisté à accomplir des actes qualifiés de contravention par la loi pénale. Mais, l'article 122-5, alinéa 2, exige que la riposte ait pour effet d'interrompre une atteinte initiale aux biens constitutive d'un crime ou d'un délit, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Une contravention préalable de dégradation volontaire d'un bien ne peut légitimer une contravention de violence volontaire sur une personne (Dr. Pén. 2002, comm. n° 52 ; Juris-Data n° 2002-165973).

Dans certaines matières, tel le droit pénal du travail ou des affaires, les juges semblent cependant s'accorder un pouvoir plus important, pas entièrement conforme au principe de l'interprétation stricte de la loi pénale (C. Mascala, La dérapage de l'interprétation jurisprudentielle en droit pénal des affaires, D. 2004, *Point de vue* p. 3050). Ce phénomène s'explique par la mauvaise qualité de la loi pénale en ces matières où les infractions sont le plus souvent vagues, incomplètes, peu sûres. Les pénalistes les désignent par le terme « d'infractions ouvertes », et donnent l'exemple de l'infraction d'entrave aux institutions de représentations du personnel, qui n'est définie que par la seule référence à... l'entrave ! (L. 481-2 et 483-1 du Code trav.).

Section 4. Le régime des infractions

I. L'application de la loi dans le temps

L'application de la loi dans le temps est soumise au principe de légalité exprimé à l'article 112-1 : « Sont seuls punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis. Peuvent seules être appliquées les peines légalement applicables à la même date. »

Si une loi venait punir un fait commis avant qu'elle ne fut en vigueur, cela reviendrait à punir un fait qui, lors de son accomplissement, n'était interdit par aucune loi. Il en serait de même si la loi nouvelle punissait un fait qui auparavant était punissable, mais qu'elle aggravait la sanction. Cette idée simple trouve sa traduction technique à travers deux principes :

- Le principe de la non-rétroactivité des lois pénales de fond.
Pour les « lois de fond », c'est-à-dire les lois qui définissent l'infraction, lorsque la loi nouvelle est moins sévère, elle s'applique immédiatement au jour du jugement quelle que soit la date de commission des faits. Si plus sévère, elle ne sera applicable qu'aux faits commis postérieurement à sa publication.
- Le principe de l'application immédiate des lois de formes ou de procédure. Les lois de formes réglementent soit la procédure pénale, soit l'exécution de la peine.

II. L'application de la loi dans l'espace

Il est d'usage de poser en principe l'application territoriale de la loi pénale. De fait, la loi française est toujours applicable pour une infraction commise sur le territoire de la République, quelle que soit la nationalité de ses auteurs. L'infraction doit seulement se localiser sur le territoire, ce qui est réalisé si « l'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire » (113-1 al. 1). De même la loi française s'applique au complice sur le territoire national d'un crime ou délit commis à l'étranger, « si le crime ou le délit est puni à la fois par la loi française et la loi étrangère et s'il a été constaté par une décision définitive étrangère » (113-5). Enfin, rappelons que si la loi pénale française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République (al. 1) une infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un seul de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire (al. 2). L'arrêt du 28 novembre 1996 concernait une escroquerie consistant à vanter à des épargnants belges des placements extrêmement rémunérateurs en Espagne. La remise des fonds ayant eu lieu en France, puis ensuite acheminés en Espagne, l'escroquerie a été réputée commise par des citoyens belges sur le territoire de la République, d'autant que les annonces pour les placements litigieux, retenues au titre des manœuvres, avaient également été publiées dans des journaux diffusés en France (JCP 1997, éd. G, IV, 1214 ; Juris-Data n° 005312 ; Dr. pénal 1997, comm. 59).

Mais ce principe de territorialité d'application de la loi dans l'espace prévue par les articles 113-1 à 113-11 souffre de tant d'exceptions qu'il faut admettre qu'en bien des cas la loi pénale française peut s'appliquer à des infractions commises hors du territoire de la République française. La loi française peut s'appliquer pour les infractions commises sur un autre territoire, si l'auteur est français et que cette infraction est punie par la législation du pays où elle est commise (113-6). Cette condition est dite de la réciprocité (des incriminations). La loi française s'applique aussi si la victime est française, et que l'infraction est un crime ou un délit. Dans ces deux derniers cas, l'article 113-9 précise que les poursuites sont impossibles si l'auteur a déjà été définitivement jugé par la juridiction étrangère. Et seul le ministère public peut engager des poursuites, sur plainte de la victime ou dénonciation de l'autorité du pays où l'infraction a été commise, et non d'office. De plus, une loi du 1^{er} février 1994 (JCP 1994, éd. G, III, 66657) a ajouté à l'article 227-26, 4°, du Code pénal punissant l'atteinte sexuelle accompagnée d'une rémunération, des dispositions qui dérogent au principe de la territorialité de la loi pénale. Désormais, le Français qui se livre au « tourisme sexuel » à l'étranger est donc punissable en France, même si les faits ne sont pas punissables dans le pays où ils ont été commis, ce qui est généralement le cas. Il n'a pas été prévu la responsabilité pénale des personnes morales – organisateurs de voyages – auteurs ou complices de ces faits.

Tableau du régime des infractions selon leur classification légale

Sources	Crimes définis par la loi	Délits définis par la loi	Contraventions définies par règlement
Compétence juridictionnelle	Cour d'assises	Tribunal correctionnel	Tribunal de police
Prescription de l'action publique	10 ans	3 ans	1 an
Prescription de la peine	20 ans	5 ans	2 ans
Casier judiciaire (pour personnes physiques et morales)	Inscription obligatoire	Inscription obligatoire	Inscription seulement des condamnations pour contraventions de 5 ^e classe, et autres contraventions si mesures d'interdiction, déchéance, incapacité
Tentative	Toujours punissable	Punissable dans les cas prévus par la loi	N'est pas prévue par la loi
Complicité	Toujours punissable	Toujours punissable	Punissable en cas de provocation ou d'instruction et dans les autres cas, si le règlement le prévoit
Instruction	Toujours obligatoire	Obligatoire seulement si réquisition du procureur et si plainte avec constitution de partie civile	Facultative sur réquisition du procureur de la République
Charge de la preuve	Le ministère public doit apporter la preuve de l'élément matériel et moral	Le ministère public doit apporter la preuve de l'élément matériel et moral	La faute est présumée

CHAPITRE 2. L'AGENT PÉNAL

Section 1. L'élément matériel du comportement de l'agent pénal

L'élément matériel de l'infraction est le comportement prohibé. Cet élément est donc différent selon chaque infraction. L'infraction réalisée, c'est une action ou une omission. L'action est l'acte positif (vol...). L'omission est un acte négatif. L'auteur, s'abstenant, devient coupable d'une infraction (par exemple en cas de non-dénonciation d'un crime (227-5), de non-obstacle à la commission d'un crime ou délit (223-6 al. 1), de non-assistance à personne en danger (223-6 al. 2). Cela peut donc être un fait positif ou négatif, instantané ou prolongé, occasionnel ou d'habitude, un fait unique ou un faisceau de faits.

I. L'auteur de l'infraction et la tentative d'infraction

L'auteur de l'infraction est celui qui réalise l'infraction. Or, le plus souvent, les incriminations ne précisent pas plus précisément la personnalité de cet auteur. Par exemple, l'article 314-1 du Code pénal précise que « L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé.

L'abus de confiance est puni de trois ans d'emprisonnement et de 2 500 000 F d'amende. »

Ainsi, une personne qui réunit les éléments matériels et moraux de cette incrimination légale sera l'auteur de cette infraction. Parfois les textes précisent « toutes personnes », par exemple en matière de délit d'entrave aux fonctions de représentation dans l'entreprise.

Ces faits, pour être sanctionnés, doivent-ils être réalisés ou simplement tentés ? La tentative est définie comme la situation d'une personne qui n'a pas exécuté tous les éléments constitutifs de l'infraction parce qu'elle en a été empêchée par un événement extérieur, ou parce qu'elle a d'elle-même renoncé à son projet délictueux. Doit-on sanctionner à l'identique l'infraction réalisée et la tentative d'infraction ? Le droit français est très strict car la peine qu'il prévoit est identique pour l'infraction consommée et la tentative d'infraction ! L'article 121-4 du Code pénal précise en effet « Est auteur de l'infraction, la personne qui :

- commet les faits incriminés,
- tente de commettre un crime ou, dans les cas prévus par la loi, un délit ».

Cette sévérité n'est admise cependant que pour les infractions les plus graves : la tentative n'est pas incriminée en matière de contravention, mais elle l'est toujours en matière de crimes (121-4 al. 2). Une tentative de délit n'est punissable que si le texte qui incrimine le délit le prévoit (121-4 al. 2). La tentative de vol est ainsi punissable (311-13), mais pas la tentative d'abus de confiance (314-1). Et toutes les tentatives ne sont pas punissables, car le souci de protection des libertés individuelles justifie que l'on exige la présence de l'élément matériel pour punir, et non une simple intention criminelle, qui serait bien difficile à prouver.

Aussi, le Code pénal pose la règle suivante : la tentative, infraction inachevée, est punissable, sous réserve que l'on puisse relever à l'encontre de son auteur un commencement d'exécution et une interruption involontaire. La tentative punissable est en effet visée à l'article 121-5, qui en donne la définition « la tentative est constituée dès lors que, manifestée entre un commencement d'exécution, elle n'a pas été suspendue ou n'a manqué son effet qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur ».

Le premier élément constitutif de la tentative punissable est **donc le commencement d'exécution**. C'est « un acte qui tend directement au délit lorsqu'il a été accompli avec l'intention de le commettre » (Cass. crim. 5 juillet 1951 ; Bull. crim. n° 198). Ce critère permet de ne pas incriminer la simple résolution criminelle, simple projet délictueux, ni même la préparation de l'infraction, consistant en des actes simplement préparatoires. Seul le début de la phase de réalisation caractérise le commencement d'exécution. Ce commencement d'exécution est une question de fait qui peut varier considérablement. Ainsi en est-il par exemple pour la tentative d'escroquerie à l'assurance. Il y a quelques années, la Cour de cassation jugeait que la seule déclaration d'un sinistre fictif ou simulé ne constituait qu'un acte préparatoire, et non un commencement d'exécution d'escroquerie (Cass. crim., 22 mai 1984 : D. 1984, p. 602, note Robert). Une telle déclaration n'était qualifiée de commencement d'exécution que si elle était accompagnée d'un autre acte, confirmatif en quelque sorte, telle une demande d'indemnisation (Cass. crim., 13 mars 1989 ; Gaz. pal. 1989, 1, p. 437, note J.-P. Doucet), ou une demande d'évaluation des dégâts par expert (Cass. crim., 10 mai 1990 ; Bull. crim., n° 182) ou encore une demande de renseignements sur les modalités de remboursement (Cass. crim., 6 avril 1994 ; Bull. crim., n° 135 ; Dr. pénal 1994, comm. 158). Depuis un arrêt du 1^{er} juin 1994, la Cour de cassation considère que la seule « déclaration comme accidentel d'un incendie volontairement provoqué » est un commencement d'exécution constitutif d'une tentative d'escroquerie par emploi de manœuvres frauduleuses (Dr. pénal 1994, comm. 234).

Le second élément constitutif de la tentative punissable est **l'interruption involontaire**. *A contrario*, une tentative n'est pas punissable si son auteur renonce à son projet, et que ce désistement est volontaire et antérieur à la consommation de l'infraction. Celui qui renonce par peur de la police ne renonce pas volontairement et sa tentative est punissable. Celui qui réalise l'infraction puis tente de remettre les choses en l'état, par exemple en restituant la chose soustraite frauduleusement, a commis l'infraction, et non une tentative non punissable. L'absence de désistement est un des cas d'interruption involontaire. En ce cas la tentative est manquée, par exemple en raison d'une suspension d'exécution par un événement extérieur, telle la survenance de la police. Mais la tentative peut aussi être achevée, par exemple lorsqu'une personne tire au revolver sur une autre personne, et visant mal, n'atteint pas son objectif. Ce délit manqué est lui aussi une tentative. Un dernier cas de

tentative est sanctionné : l'infraction impossible. L'arrêt *Perdereau* (Cass. crim. 16 janvier 1986 ; Bull. crim. n° 25) résume cette question : Des agresseurs avaient frappé violemment une personne étendue à terre afin de la tuer. Or cette personne était déjà morte ! La Cour a constaté que ces faits constituaient un commencement d'exécution, car ils tendaient directement au crime, avec l'intention de le commettre (premier élément de la tentative). Et la Cour constatait aussi que ce commencement d'exécution n'avait raté son but que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur (second élément constitutif de la tentative punissable).

II. Les coauteurs de l'infraction

Les coauteurs sont les personnes qui ont commis de concert une même infraction. Cette règle prétorienne correspond à une hypothèse simple : lorsque deux ou plusieurs personnes participent à une incrimination, sans que l'on sache qui est auteur et qui est complice. Soit en raison de questions de faits : si par exemple, deux individus battent à mort une victime, lequel des deux a donné le coup entraînant la mort ? Soit parce que par solidarité, différentes personnes ayant participé à l'infraction ne veulent pas dire qui est complice de l'autre. La coaction est donc un palliatif aux défauts de la notion de complicité. Cependant, la notion de coaction est dangereuse, car elle fait échec au principe qui fonde le droit pénal moderne : la personnalité de la responsabilité pénale. Elle est donc souvent censurée par la Cour de cassation : ainsi en est-il par exemple de la responsabilité des participants à une action collective, un arrêt ayant condamné un manifestant pour délit d'opposition à travaux publics, délit prévue par l'article 433-11 du Code pénal. Plusieurs dizaines de manifestants s'étaient introduits sur un chantier pour s'opposer à la réalisation d'un tronçon d'autoroute et avaient entrepris de gêner les travaux et de faire obstacle à l'évolution des engins. L'application du principe de responsabilité pour fait personnel à ce genre d'infractions signifie que seuls peuvent être condamnés ceux qui ont personnellement accompli les actes matériels de violences ou de voies de fait visés par les textes. Or, la cour d'appel avait condamné un individu qui s'était contenté de grimper sur un poteau de l'EDF pour observer les lieux. Elle estimait que sa seule présence constituait une entrave aux travaux et réalisait une voie de fait par l'utilisation de la force du nombre (co-action). Sa décision est censurée par la Cour de cassation qui lui reproche de n'avoir pas recherché en quoi le prévenu s'était « par son fait personnel » opposé à l'exécution des travaux (Cass. crim., 8 octobre 1997 ; Dr. pénal 1998, n° 19 ; *Juris-Data* n° 0044636).

III. Le complice de l'infraction

L'article 121-6 du Code pénal dispose « Sera puni comme auteur le complice de l'infraction, au sens de l'article 121-7 ». Cet article est une innovation du Nouveau Code pénal en ce qu'il affirme que le complice est réputé juridiquement avoir accompli lui-même l'infraction commise matériellement par un autre. Voici pourquoi le complice est puni comme auteur de l'infraction. Ils sont coauteurs, et ce quelle que soit la part prise par le complice dans l'acte illicite.

L'élément légal de l'infraction de complicité est particulier car la loi prévoit qu'il est nécessaire à la fois que l'infraction principale soit illicite, et que la complicité de cette infraction soit punissable, ce qui est le plus souvent le cas.

L'élément matériel de l'infraction de complicité vise deux situations différentes. On distingue ainsi traditionnellement la complicité par collaboration et la complicité par instigation. L'article 121-7 alinéa 1 définit la complicité par collaboration : « Est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation. » Par exemple, le prêt d'une arme à un meurtrier pour qu'il accomplisse un meurtre.

L'article 121-7 alinéa 2 définit la complicité par instigation : « Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué une infraction ou donné des instructions pour la commettre. »

Par exemple, l'employeur donne l'ordre à un salarié de commettre une infraction, l'employeur obtient un faux témoignage d'un salarié sous la menace d'un licenciement, l'employeur donne de l'argent à un comptable pour qu'il modifie des documents comptables...

L'élément moral de la complicité est l'intention de prendre une participation dans l'infraction qu'un autre va commettre.

Une précision : l'article 121-7 du Code pénal dispose que la complicité consiste à faciliter la préparation ou la consommation d'une infraction, à provoquer une infraction ou à donner des ordres pour la commettre. Le texte est clair : la complicité ne peut exister qu'en cas d'actes accomplis soit antérieurement, soit au moment même de la commission de l'infraction par l'auteur principal. Les actes postérieurs, d'aide ou d'assistance, peuvent constituer des infractions distinctes – recel de choses ou de malfaiteur, non-dénonciation de crime... mais ne peuvent constituer une complicité. Ce principe connaît néanmoins une exception. L'aide ou l'assistance postérieure à la commission de l'infraction peut être qualifiée de complicité si elle résulte d'un accord antérieur (l'arrêt de la chambre criminelle du 1^{er} décembre 1988 en fournit une bonne illustration). La Cour de cassation confirme un arrêt d'une cour d'appel ayant condamné un président de tribunal de commerce pour délit de prise illégale d'intérêts et un administrateur judiciaire pour complicité de ce délit au motif que « la complicité peut résulter d'actes postérieurs au fait principal lorsqu'ils résultent d'un accord antérieur ». Il était établi qu'en vertu d'un accord passé antérieurement entre ces deux personnes, l'administrateur judiciaire désigné à la suite d'un jugement d'ouverture de procédure de redressement judiciaire s'était engagé à contraindre le commerçant concerné à se fournir exclusivement auprès d'une société dans laquelle le président du tribunal de commerce était intéressé (Dr. pénal juin 1999, n° 80 ; Juris-Data n° 005152).

EXEMPLES

- L'arrêt du 8 janvier 1998 précise le sens de l'article 121-7 du Code pénal qui définit avec précision les moyens matériels mis en œuvre par le complice. Parmi ceux-ci figure « l'aide ou l'assistance pour faciliter la préparation ou la consommation de l'infraction ». Les moyens fournis sont en effet très divers et peuvent comporter notamment la remise des fonds destinés à commettre l'infraction. Dans ce cas, le commanditaire qui fournit les fonds devient le complice de l'auteur principal de l'infraction. L'arrêt de la Cour de cassation a en effet approuvé la cour d'appel qui avait condamné pour complicité de trafic d'influence celui qui avait remis des fonds provenant de la « caisse noire » de sa société à un élu en vue de l'obtention d'un marché de travaux publics (Dr. pénal 1998, n° 98 ; Juris-Data n° 000795).
- L'arrêt de la Cour de cassation, Chambre criminelle du 6 septembre 2000, est exemplaire de l'importance de la complicité par instigation dans l'entreprise : un employeur avait donné à l'un de ses salariés des instructions précises en vue de tromper un expert judiciaire chargé de déterminer l'origine d'une épidémie qui sévissait dans ses élevages de volailles. Il lui avait notamment demandé de faire procéder à des substitutions d'étiquettes sur différents lots pour faire perdre la trace de l'origine de l'épidémie. L'employeur a été condamné pour complicité de tentative d'escroquerie, dite « escroquerie au jugement » (Dr. pénal 2001, n° 30 ; Juris-Data n° 006055).
- L'arrêt du 4 juin 1998 précise le sens du texte de l'article 121-7 du Code pénal qui vise également la « complicité par instructions » données pour commettre une infraction. La Cour de cassation estime en effet que la complicité suppose nécessairement que le complice donne des instructions « claires et précises » en vue de la commission de l'infraction. En l'espèce, il était reproché au prévenu d'avoir provoqué un individu pour le pousser à commettre une extorsion de fonds en exerçant des menaces sur un dirigeant de société en vue d'obtenir une augmentation du prix de cession d'actions de cette société. La Cour de cassation approuve la cour d'appel qui a condamné

pour complicité par instruction en constatant que l'auteur principal avait disposé sur la victime de « renseignements dont la précision implique qu'ils ne pouvaient provenir » que du complice (Dr. pénal 1998, n° 142 [1^{er} arrêt] ; Juris-Data n° 003410).

- Un autre arrêt est exemplaire du danger de cette complicité par instigation. Le « complice par instructions » avait demandé à quelqu'un de « prendre à partie » une personne et de lui causer une « grande frayeur ». Il prétendait n'avoir voulu infliger que des violences légères à la victime. Or, celle-ci fut l'objet de violences commises avec une bombe lacrymogène, c'est-à-dire une arme par destination, ayant entraîné une ITT de plus de huit jours. L'instigateur devait-il être puni des peines encourues pour l'infraction qu'il voulait faire commettre ou des peines prévues pour l'infraction réellement commise ? C'est cette seconde interprétation que retient la Cour de cassation qui juge que la complicité « par instructions » est indifférente au mode d'exécution des instructions données (Cass. crim., 21 mai 1996 : Dr. pénal 1996 ; comm. n° 213 ; Bull. crim., n° 206 ; JCP 1996, éd. G, IV, 2124 ; Juris-Data n° 003020).

Section 2. L'élément psychologique du comportement de l'agent pénal

Un fait matériel commis par une personne ne suffit pas à constituer l'infraction. Il faut aussi relever chez son auteur un élément immatériel, subjectif, dit élément moral ou psychologique. Il faut que l'auteur de l'infraction ait eu la volonté d'enfreindre les prescriptions de la loi. L'article 121-3 du Code pénal précise : « Il n'y a point de crime sans intention de le commettre ; toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit de mise en danger délibérée de la personne d'autrui. Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas d'imprudence, de négligence, de manquement délibéré à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou les règlements. » En plaçant ce texte en tête des dispositions générales relatives à la responsabilité pénale, le législateur lui a conféré en 1992 la valeur d'un principe fondamental : toute infraction est constituée d'un élément moral ou psychologique. Mais ce texte prévoit cependant qu'il y a délit si la faute est non intentionnelle... La distinction doit être comprise en référence à la faute. Toute infraction suppose une faute. Exceptionnellement, une faute peut résulter d'une absence d'intention, si la loi le prévoit : on parle de faute de négligence, d'imprudence, de mise en danger délibérée. La loi précise pour chaque infraction si l'intention est un élément de la définition. En matière de crime, le principe absolu est l'intention. En matière de délit le principe est l'infraction intentionnelle, avec comme exception, si elle est prévue par les textes, l'infraction non intentionnelle caractérisée par la négligence, l'imprudence, ou la mise en danger délibérée. En matière de contravention, le principe posé est l'absence d'intention. Ce qui ne veut pas dire que la faute non intentionnelle est dépourvue d'élément moral...

Tout ceci n'est pas très simple, et il est nécessaire de préciser la signification de cet élément moral, différente selon que l'infraction est dite intentionnelle ou que l'infraction est non intentionnelle, voire une faute intermédiaire, la faute de mise en danger, ou encore une faute contraventionnelle ou matérielle.

I. *L'existence de la volonté de transgresser la loi pénale*

A. **La faute intentionnelle**

Dans une infraction intentionnelle, l'élément moral est l'intention de commettre l'infraction. C'est faire de son plein gré ce que la loi pénale interdit. L'auteur de l'infraction « l'a fait exprès » dit-on ! La faute intentionnelle peut être cependant un dol général ou dol spécial.

a. *Le dol général*

Le dol général est la conscience de l'illicéité de l'acte projeté, et la volonté de l'accomplir. La personne passe volontairement outre l'interdit de la loi.

Le dol général suppose d'abord la conscience de l'élément légal. Pour éviter d'avoir à apporter la preuve que cette personne connaissait la loi, le droit pénal présume la connaissance de la loi pénale : « *Nemo censetur ignorare legem.* » Cet adage exclut l'erreur de droit comme fait justifiant l'infraction. Cette solution traditionnelle a été partiellement abandonnée par le Nouveau Code pénal de 1994, l'article 122-3 admettant en certains cas très limités l'erreur de droit (*voir infra*).

Le dol général suppose ensuite la conscience de l'élément matériel, c'est-à-dire la conscience d'accomplir les mêmes actes que ceux que la loi prohibe. Par exemple, une personne qui a soustrait une chose qu'elle pensait être la sienne, commet une erreur de fait qui fait disparaître l'intention. Cette erreur de fait est une source d'irresponsabilité, mais seulement en cas de faute intentionnelle.

b. Le dol spécial

Parfois la loi exige, en plus de la conscience de commettre une infraction et de la volonté de passer outre, la volonté d'obtenir un résultat précis. Par exemple, le vol suppose l'intention de se comporter en propriétaire de la chose. Autre exemple, les blessures volontaires supposent la volonté d'infliger ces blessures. Cette notion est très proche de l'idée de mobiles.

Concrètement, les juges doivent motiver spécialement et suffisamment leurs décisions sur cet élément de l'infraction, particulièrement en matière d'infraction intentionnelle (Pour un exemple de cassation pour insuffisance de motivation, c'est-à-dire de recherche de cet élément, voir Cass. crim. 5 juillet 1995, in *Droit pénal*, numéro hors série décembre 1999, p. 18).

REMARQUE

La faute pénale intentionnelle a des conséquences importantes sur la faute civile.

L'assemblée plénière de la Cour de cassation vient de limiter la portée de l'arrêt Costedoat qu'elle avait rendu le 25 février 2000 : le préposé qui a commis une infraction pénale volontaire, tout en restant dans le cadre de sa mission, engage sa responsabilité civile à l'égard des tiers.

En effet, l'arrêt Costedoat rendu par l'assemblée plénière de la Cour de cassation le 25 février 2000 avait posé une règle dol : le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers (V. sur cet arrêt, D. 2000, Jur. p. 673, note P. Brun, Somm. p. 467, obs. P. Delebecque; JCP éd. G. 2000, II, 10295, note M. Billiau ; *ibid.*, I, 241, n° 5, obs. G. Viney ; Resp. civ. et assur. 2000, Chron. n° 11, obs. H. Groutel ; Bull. Joly 2000, n° 146, obs. J.-F. Barbière ; Droit et patrimoine 2000, n° 82, p. 107, obs. F. Chabas ; RTD civ. 2000, p. 582, obs. P. Jourdain). L'arrêt Costedoat a été présenté par le conseiller Desportes comme le point de départ d'une nouvelle construction jurisprudentielle et non pas comme un aboutissement : en somme, sa portée devait être précisée (V. en ce sens : R. Kessous et F. Desportes, Les responsabilités civile et pénale du préposé et l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 25 février 2000, Rapport 2000 de la Cour de cassation, p. 257 et s.).

L'arrêt de l'assemblée plénière du 14 décembre 2001 a en effet précisé que « le préposé condamné pénalement pour avoir intentionnellement commis, fût-ce sur l'ordre du commettant, une infraction ayant porté préjudice à un tiers, engage sa responsabilité civile à l'égard de celui-ci ». En l'espèce, le comptable d'une société avait obtenu frauduleusement des subventions destinées à financer, au profit de son employeur, de faux contrats de qualification. Définitivement condamné des chefs de faux, usage de faux et escroquerie, les juges du fond l'avaient également condamné à réparer le préjudice des victimes. Devant l'assemblée plénière, le préposé demandait l'application de la jurisprudence Costedoat, puisque les infractions qu'il avait commises s'inscrivaient dans la mission qui lui avait été impartie par son employeur, ce dernier ayant de surcroît bénéficié de ces infractions pénales... Ainsi, la Cour de cassation, en rejetant ce pourvoi, a décidé de « restreindre le champ d'application de la jurisprudence Costedoat », qui ne peut donc pas profiter au préposé qui, tout en agissant dans le cadre de sa mission définie par son commettant, a commis une infraction intentionnelle et a été condamné de ce chef.

B. La faute non intentionnelle

Dans une infraction non intentionnelle, l'intention n'est évidemment pas requise. Mais il peut y avoir faute sans intention : cette faute dite non intentionnelle est en effet plus exactement une faute d'imprévoyance. Car la personne avait un comportement volontaire, mais les conséquences de ce comportement ont été involontaires. L'article 121-3 du Code pénal disposait jusqu'à récemment : « *Il n'y a point de délit sans intention de le commettre. Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas d'imprudence, de négligence ou de mise en danger délibérée de la personne d'autrui.* » Ainsi pour l'homicide ou les blessures involontaires (art. 221-6, 222-19, 222-20) ou la création à l'encontre d'autrui d'un risque corporel grave (art. 223-1).

La loi sur les délits non intentionnels du 10 juillet 2000 a modifié l'article 121-3 du Code pénal. Cet article 121-3 du Code pénal tel que résultant de la loi du 10 juillet 2000 vise désormais les personnes « qui n'ont pas causé directement le dommage mais qui ont créé, ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter ». Lorsque l'imprévoyance a pour résultat la mort (221-6) ou les blessures (222-19), elle constitue en elle-même, une infraction pénale.

Cette réforme introduit deux nouveautés :

Première nouveauté : une distinction est posée entre la faute qui a un lien direct avec un dommage, et la faute qui est la cause indirecte du dommage.

- **Premier cas :** s'il existe un lien direct entre une faute et un dommage, la loi actuelle sur les délits non intentionnels continue à s'appliquer. La personne physique peut être poursuivie « *en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement* », si « *l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait* ».
- **Second cas :** si les personnes physiques n'ont pas causé directement le dommage mais ont « *créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage* » ou « *n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter* », les possibilités de poursuite seront plus restreintes. Désormais, les personnes concernées, et d'abord, les chefs d'entreprise, ne pourront être responsables pénalement que s'il est établi qu'elles ont, « *soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposerait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer* ». Le texte n'exige pas une faute unique. Plusieurs auteurs indirects peuvent être poursuivis s'ils ont chacun contribué à créer la situation. Au cours des débats parlementaires, la ministre de la Justice, garde des Sceaux, Élisabeth Guigou, donnait l'exemple d'un accident du travail « *qui peut être la résultante indirecte des fautes commises par plusieurs personnes, par exemple le maître d'ouvrage, le maître d'œuvre, les entreprises sous-traitantes, etc. La responsabilité pénale de ces différents acteurs, même indirecte, doit pouvoir être recherchée et, le cas échéant, engagée* ».

Seconde nouveauté : un nouvel article 4-1 du Nouveau Code de procédure pénale (NCPP) abandonne la théorie jurisprudentielle de l'identité des fautes civiles et pénales d'imprudence. Désormais, l'absence de faute pénale non intentionnelle « *ne fait pas obstacle à l'exercice d'une action devant* » les juridictions civiles afin d'obtenir réparation du dommage sur le fondement de l'article 1383 du Code civil si l'existence de la faute civile prévue par cet article est établie, ou en application de l'article L. 452-1 du Code de la Sécurité sociale si l'existence de la faute inexcusable prévue par cet article est établie.

Cette faute pénale d'imprudence de second type (lien de causalité indirect) est donc autonome : un tribunal des affaires de sécurité sociale pourra (donc) estimer qu'une faute inexcusable est caractérisée, et donc attribuer des indemnités complémentaires au salarié, alors que le juge répressif considère qu'aucune faute pénale n'a été commise.

Cette réforme est d'application immédiate aux affaires en cours, en raison de la rétroactivité « des lois pénales plus douces ». Elle limite la responsabilité pénale du chef d'entreprise, tout en permettant une indemnisation au civil du salarié.

En résumé, pour la faute non intentionnelle, l'élément moral est seulement l'existence de la volonté prise en elle-même, indépendamment du but visé.

Bien que non intentionnelle, une infraction n'est donc pas constituée si l'auteur du fait interdit manquait de volonté, soit qu'il ne fut pas libre en raison d'une contrainte irrésistible ou d'une force majeure, soit qu'il ne fut pas conscient en raison de son délabrement mental.

Les infractions non intentionnelles sont donc présumées avoir été commises en toute conscience. Le ministère public qui poursuit l'auteur d'une infraction non intentionnelle peut donc s'en tenir à rapporter la preuve du fait matériellement commis. À l'auteur de l'infraction de faire la preuve de l'absence de l'élément intentionnel.

Il est extrêmement regrettable que ce droit pénal du travail, élément clef de la lutte contre les accidents du travail, soit en partie paralysé par la loi sur les délits non intentionnels, publiée au *JO* du 11 juillet 2000, qui modifie l'article 121-3 du Code pénal afin de limiter la responsabilité pénale des faits non intentionnels. Voulue par les élus locaux, la réforme profite en effet aux chefs d'entreprise.

REMARQUE

La loi du 11 juillet 2001 redéfinissant la faute pénale d'imprudence a cependant un effet inattendu sur la faute civile inexcusable de l'employeur.

Monsieur Lledo est victime d'un accident mortel du travail à la suite de l'explosion d'un pneumatique qu'il était en train de gonfler. Le gérant de la société Manutrans qui employait monsieur Lledo est d'abord poursuivi devant les juridictions répressives du chef d'homicide involontaire et d'infractions aux règles de sécurité et d'hygiène. Il est relaxé de cette poursuite. Ensuite, Madame Pierrestegy, agissant pour le compte de la fille mineure de la victime, demanda devant les juridictions sociales que soit reconnue la faute inexcusable de la société. La cour d'appel de Pau, chambre sociale, décida le 28 juin 1999, que la faute inexcusable était constituée. La société Manutrans forma alors un pourvoi en cassation fondé sur la violation de l'article 1351 du Code civil. Pour éclairer l'argumentation de la société, il faut rappeler que les relations entre les juridictions civiles et pénales sont réglées par l'adage selon lequel *le criminel tient le civil en l'état*. L'article 4 C. proc. pénale impose en effet au juge civil de surseoir à statuer jusqu'à la décision du juge pénal, si l'action pénale a été mise en mouvement. Le juge civil ne peut donc statuer avant le juge pénal sur une même affaire, et lorsque le juge pénal s'est prononcé, le juge civil doit tenir compte de la décision du juge pénal, en raison de l'autorité absolue de la chose jugée, posée à l'article 1351 du Code civil. Or, dans notre espèce, le juge pénal avait relaxé l'employeur du chef d'homicide par imprudence, et ce jugement devait s'imposer à la juridiction sociale qui ne pouvait donc constater la faute inexcusable de l'employeur.

La Cour de cassation a cependant rejeté le pourvoi, et confirmé l'arrêt de la cour d'appel de Pau, en affirmant que « la déclaration par le juge répressif de l'absence de faute pénale non intentionnelle ne fait pas obstacle à la reconnaissance d'une faute inexcusable ».

Cet arrêt est d'importance car il est la première application de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000, relative à la définition des fautes d'imprudence ou de négligence.

La loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000, relative à la définition de faute d'imprudence ou de négligence, a en effet partiellement remis en cause le principe de l'identité des fautes pénale et civile, une faute d'imprudence ou de négligence susceptible d'engager la responsabilité civile de son auteur ne constituant plus nécessairement une faute pénale. En effet, en vertu des dispositions de l'article 121-3, alinéa 4 nouveau du Code pénal, lorsqu'une personne est l'auteur *indirect* d'un dommage causé à autrui, elle ne peut voir sa responsabilité pénale engagée que si elle a commis une faute d'une certaine gravité – qualifiée par la loi de « délibérée » ou de « caractérisée » – supposant dans tous les cas chez la personne responsable une conscience plus ou moins grande du risque auquel son comportement fautif exposait autrui. En contrepartie de cet allègement de la responsabilité pénale de l'employeur, le nouvel article 4-1 du Nouveau Code de procédure pénale issu de cette réforme abandonne en la matière la théorie jurisprudentielle de l'identité des fautes civiles et pénales d'imprudence. Désormais, l'absence de faute pénale non intentionnelle « *ne fait pas obstacle à l'exercice d'une action devant* » les juridictions civiles afin d'obtenir réparation du dommage sur le fondement de l'article 1383 du Code civil si l'existence de la faute civile prévue par cet article est établie, ou en application de l'article L. 452-1 du Code de la Sécurité sociale si l'existence de la faute inexcusable prévue par cet article est établie.

Cette faute d'imprudence de second type (lien de causalité indirect) est désormais autonome : un tribunal des affaires de Sécurité sociale peut désormais estimer qu'une faute inexcusable est caractérisée, et donc attribuer des indemnités complémentaires au salarié, alors que le juge répressif considère qu'aucune faute pénale n'a été commise.

L'importance pratique très grande de cette solution est évidente ! En effet, pour la première fois, la Cour de cassation fait application de la loi du 10 juillet 2000 dans ses dispositions relatives à la faute inexcusable de l'employeur. Or, pour des observateurs avertis, ce texte risquait fort de rester lettre morte, car « Outre le fait qu'une atténuation de la responsabilité pénale n'est pas certaine, on peut douter que cette modification influe sur le nombre des reconnaissances de fautes inexcusables, les juges compétents étant de toute façon sensibles au prononcé d'une relaxe ou d'une condamnation » (Élisabeth Fortis, Chronique de droit pénal de l'entreprise, JCP éd. E, 7 juin 2001, n° 22). Telle n'est pas la solution retenue, la Cour de cassation engageant de plus en plus facilement la responsabilité civile de l'employeur. Rappelons que l'indemnisation des accidents du travail a peu changé depuis la loi du 9 avril 1898 qui a permis une indemnisation automatique mais forfaitaire des salariés en cas d'accident. Seule la faute inexcusable de l'employeur permet aujourd'hui d'écarter cette indemnisation forfaitaire par la Sécurité sociale afin que jouent les mécanismes de la responsabilité civile de l'employeur. La faute inexcusable était une faute d'une gravité exceptionnelle, dérivant d'un acte ou d'une omission volontaire, de la conscience du danger que devait avoir son auteur de l'absence de toute cause justificative, et se distinguant par le défaut d'un élément intentionnel. Lorsque la faute inexcusable est constatée par le juge, c'est alors la totalité du préjudice subi par le salarié qui doit être indemnisée par l'employeur... Mais la question de la responsabilité de l'employeur du fait de la maladie liée à l'amianté a transformé la nature de la responsabilité de l'employeur. Ainsi, la Cour de cassation a redéfini la faute inexcusable adoptée en 1941 dans l'arrêt *Veuve Villa*, à l'occasion des maladies professionnelles liées à l'amianté dans une série d'arrêts du 28 févr. 2002 (V. par ex., Cass. soc., 28 févr. 2002, Bull. civ. V, n° 81 ; D. 2002, Jur. p. 1793, note X. Prétot ; Dr. soc., avr. 2002, n° 4, p. 445, note A. Lyon-Caen ; RTD civ. 2002, p. 310, obs. P. Jourdain ; RJS 2002, Chron. p. 495, note P. Morvan). La Haute Cour a créé une nouvelle définition de la faute inexcusable : « l'employeur est tenu envers [le salarié] d'une obligation de sécurité de résultat [...] le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable, au sens de l'article L. 452-1 du code de la Sécurité sociale, lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver ». Le critère de l'extrême gravité est abandonné, de même que celui de la cause déterminante, une cause équivalente ou nécessaire étant suffisante (Cour de cassation, ass. plén. 24 juin 2005, n° 03-30.038 (n° 528 P). Désormais, deux conditions, cumulatives sont exigées : la conscience du danger (D. 2005, Pan. p. 1897, obs. X. Prétot) et un manquement de l'employeur quant à la mise en place de mesures de protection du salarié.

La faute de la victime (salarié) n'a pas changé, doit-elle toujours être d'une particulière gravité pour la victime. (Cass. 2^e civ., 27 janv. 2004, Bull. civ. II, n° 25 ; D. 2004, Somm. p. 2185, obs. L. Noël ; RTD civ. 2004, p. 296, note P. Jourdain). La faute inexcusable de la victime, emportant réduction de la rente, consiste en une faute volontaire qui expose « sans raison valable son auteur à un danger dont il aurait dû avoir conscience ».

C. La mise en danger délibérée d'autrui

Cette faute est une faute intermédiaire entre la faute intentionnelle et la faute non intentionnelle. Cette faute intermédiaire, créée en 1994, est une prise de risque : une personne prend délibérément un risque qui a pour conséquence d'exposer autrui à des blessures voire à la mort. La mise en danger suppose la conscience du risque et des conséquences éventuellement dangereuses pour autrui. Cette incrimination a pour terrain naturel les accidents de la circulation et les accidents du travail. Lorsque la faute de mise en danger a provoqué un dommage, le risque est réalisé et la qualification retenue correspond au dommage créé (homicide, blessures involontaires). La faute de mise en danger est une circonstance aggravante en cas d'atteinte à la vie (221-6) ou d'atteintes involontaires à l'intégrité de la personne (222-19 ; 222-20). Lorsque la faute de mise en danger n'a pas provoqué le dommage, elle est une incrimination autonome, l'article 223-1 prévoyant une peine d'un an de prison et de 15 000 € d'amende.

D. L'infraction matérielle

Dans l'infraction matérielle, l'existence de l'élément moral est déduite des faits, ou plus exactement, présumée irréfragablement des faits. Le parquet n'a pas à apporter la preuve de l'intention de la personne. La personne ne peut faire la preuve qu'elle était dénuée d'intention. Cette identité entre la matérialité des faits et l'intention est attestée par l'expression d'« infraction matérielle ». La faute contraventionnelle est par nature une infraction matérielle, en raison de la faiblesse des peines contraventionnelles, qui ne font pas peser de risques sur les libertés individuelles. La jurisprudence cependant a créé des « délits contraventionnels », étrange terme qui vise en fait les cas où les juridictions abandonnent la nécessaire recherche de l'élément moral de l'infraction. Dans l'arrêt Ferrier (Crim. 28 avril 1977) la pollution d'une rivière provenait d'une fuite de fuel résultant de la rupture accidentelle d'une canalisation souterraine de l'usine. Le propriétaire de l'usine, Ferrier, était poursuivi du délit de pollution, et avait fait valoir qu'il n'avait commis ni imprudence ni négligence dans l'entretien de la canalisation. La cour d'appel l'avait relaxé au motif qu'il n'existait aucun élément moral. La Cour de cassation a censuré l'arrêt de la cour d'appel car « le délit de pollution de rivière de cours d'eau a seulement le caractère d'une infraction matérielle ; que le fait qu'il incrimine (...) implique une faute dont la preuve n'a pas à être spécialement rapportée par le ministère public et dont le prévenu ne peut être exonéré que par la force majeure ». Or, l'incrimination de pollution est un délit et non une contravention, sanctionné d'une amende de 18 000 euros et/ou d'un emprisonnement pouvant aller jusqu'à deux ans.

Le législateur a donc voulu lutter contre cette jurisprudence. L'article 121-3 du Code pénal et l'article 339 de la loi d'adaptation du 16 novembre 1992 ont rappelé la nécessité d'un élément moral pour toute infraction, ce qui marque la volonté de mettre fin aux délits matériels.

La jurisprudence continue cependant à appliquer la théorie du « délit contraventionnel ». (Voir l'arrêt Claude Bez, Cass. crim. 1996 : « la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique, de la part de son auteur, l'intention coupable exigée par l'article 121-3 du Code pénal ».)

E. La faute des personnes morales

Le principe de la personnalité de la responsabilité pénale a dû être adapté à la particularité des personnes morales, c'est-à-dire l'absence de « psychologie » d'une personne morale ! La vérification de la présence d'un élément psychologique a pour conséquence que la responsabilité pénale de la personne morale poursuivie pour une infraction intentionnelle suppose qu'on établisse l'existence de l'intention coupable chez la personne physique qui agit pour son compte. Ce principe est dit principe jurisprudentiel de l'identification de la personne responsable. Ce principe est une simple conséquence processuelle du principe de la responsabilité du fait personnel. Mais l'appréciation de la faute de l'organe ou du représentant varie selon les cas.

Pour les fautes intentionnelles, le contrôle de l'identification des personnes responsables est strict. Par exemple, une société a été poursuivie pour avoir fait usage, dans un procès prud'homal qui l'opposait à l'un de ses salariés, d'une fausse attestation établie par un autre de ses salariés. La Cour de cassation a précisé que, s'agissant d'une infraction intentionnelle, la personne morale ne peut être déclarée pénalement responsable que si celui qui agit pour son compte a eu personnellement connaissance de l'inexactitude des faits mentionnés dans l'attestation. Elle censure donc la cour d'appel qui n'avait pas effectué cette recherche. La précision est importante : la responsabilité pénale de la personne morale poursuivie pour une infraction intentionnelle suppose qu'on établisse l'existence de l'intention coupable chez la personne physique qui agit pour son compte. En l'espèce, pour condamner la société, il fallait donc établir que le directeur général de la société qui avait produit en justice l'attestation litigieuse savait que celle-ci faisait état de faits matériellement inexacts (Cass. crim., 2 déc. 1997 ; Bull. crim., n° 408 ; JCP G 1998, II, 10023, rapp. Desportes ; Rev. soc. 1998, p. 148, note B. Bouloc). Dans certains cas cependant l'élément moral de la personne physique semble atténué. Dans un arrêt en date du 24 mai 2000¹, le pourvoi soutenait que « l'identification de la personne physique qui a commis l'infraction pour le compte de la personne morale est particulièrement impérative lorsque l'infraction poursuivie est une infraction volontaire ». Or la Cour de cassation valide le raisonnement de la Cour d'appel qui, pour condamner la personne morale pour usage d'une fausse attestation caractérisée, précise que « la société savait utiliser, par les organes ayant pouvoir de l'engager, un document faisant état de faits matériellement inexacts et formellement contestés ». Il s'agissait encore d'un délit, dont l'élément moral est atténué, commis au sein de l'entreprise.

Dans un autre arrêt en date du 21 mars 2000² la Cour de cassation rejette un pourvoi formé contre un arrêt qui a imputé directement à la personne morale le délit de production d'une sanction disciplinaire amnistiée. Le pourvoi arguait du fait que la cour d'appel « a omis de constater la réalisation de l'infraction par les organes ou représentants de la société ». C'est-à-dire, que ni la partie civile ni le ministère public n'avaient à aucun moment désigné la personne physique auteur matériel des faits, ni par son nom ni par sa fonction³. Mais la Cour de cassation considère que « la cour d'appel n'a pas méconnu l'article 121-2 du Code pénal, dès lors que la lettre d'avertissement avait nécessairement été produite par le représentant de cette société devant le conseil de prud'hommes ». L'arrêt ne vise pas directement le chef d'entreprise mais le « représentant » de cette société qui n'est autre que l'avocat dans une instance. Pourtant, il s'agit encore d'un cas de présomption de responsabilité. Le chef d'entreprise est responsable de plein droit de la violation de la législation (lorsque l'élément moral est atténué). Si une infraction a été commise au cours du procès par l'entreprise alors le chef d'entreprise, s'il représente la société, ou l'avocat en tant que mandataire substitué de la personne morale, engagent la responsabilité de la personne morale. Le terme de « représentant » dans l'arrêt ne fait pas référence à l'expression « organes ou représentants » contenue dans l'article 121-2 du Code pénal, mais à la notion de représentant à l'instance qui englobe aussi bien les organes que les représentants de la personne morale.

¹ Bull. crim. 2000 n° 203.

² Bull. crim. 2000 n° 128. *JCP éd.* 2001 p. 133, note J-H. ROBERT, « Responsabilité pénale d'une personne morale à la suite de la production dans une instance prud'homale d'une lettre d'avertissement bénéficiant de l'amnistie ».

³ Note de J-H. ROBERT précitée.

En ce qui concerne les infractions non intentionnelles, par imprudence, l'identification de la personne physique n'est pas l'explication du conseiller Desportes qui est la suivante : « *lorsqu'il est reproché à la personne morale une faute d'imprudence ou de négligence consistant en la violation d'une réglementation que son dirigeant avait personnellement l'obligation de faire respecter, il est inutile d'identifier la personne physique fautive car le manquement est nécessairement imputable, soit à l'organe dirigeant, soit à son délégué, lequel doit être considéré comme un représentant de la personne morale au sens de l'article 121-2 du Code pénal* »⁴.

F. La faute du chef d'entreprise

Il existe une présomption de responsabilité sur le chef d'entreprise pour les infractions intentionnelles dont l'élément moral est faible⁵. Il s'agit d'infractions dont le résultat ne fait pas parti des éléments constitutifs, on ne réprime qu'un comportement sans se soucier de ses conséquences. Avant le nouveau Code pénal, certaines infractions (dites matérielles), ne nécessitaient pas la démonstration de l'existence d'un élément psychologique. L'élément moral n'était pas exigé, la matérialité des faits suffisait à condamner la personne. Il s'agissait des contraventions et des « délits matériels » ou « délits-contraventions »⁶.

Cependant, l'article 121-3 du Code pénal dispose depuis 1992 qu'« *il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre* ». Cette disposition devait entraîner la disparition des « délits matériels », d'autant que l'article 339 de la loi d'adaptation du 16 décembre 1992⁷ précisait que ces anciens délits matériels demeuraient « *constitués en cas d'imprudence, même lorsque la loi ne le prévoit pas expressément* »⁸. Ce qui se justifiait, pour certains auteurs⁹, par le fait que l'imprudence est constituée par le défaut de vigilance. Si certaines infractions ont été transformées en délits par imprudence, la majorité des infractions sont devenues des infractions intentionnelles. Dans ce dernier cas la Cour de cassation estime que « *la constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique de la part de son auteur, l'intention coupable exigée par l'article 121-3 alinéa 1 du Code pénal* »¹⁰.

Il s'agit d'une « *présomption d'intention* »¹¹ ou d'une présomption de culpabilité, où l'intention est constituée de la seule violation de la loi¹². Les infractions intentionnelles qui ont un élément moral atténué sont nombreuses. Le chef d'entreprise est alors automatiquement responsable. Il s'agit, par exemple, des infractions à la réglementation relative au transport¹³ et à la réglementation de la publicité des prix¹⁴. Comptent parmi les « délits matériels », le délit d'initié¹⁵, le délit de contrefaçon et

⁴ F. DESPORTES, « Les conditions d'imputation d'une infraction à une personne morale » précité, p. 432. Partageant le même avis : A. COEURET, précité. M. GIACOPELLI, note sous arrêt du 24 octobre 2000 « Les tribulations de la responsabilité pénale des personnes morales », *Petites Affiches*, n° 228 du 15 novembre 2001, page 21.

⁵ Ou dol général pour le conseiller Desportes et les professeurs Merle et Vitu.

⁶ F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général, Economica*, 10^e édition, coll. Corpus de droit privé, 2003, n° 499. J. LEROY, *op. cit.*, n° 401. R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 529.

⁷ JO n° 298 du 23 décembre 1992.

⁸ En ce sens P. MORVAN, « Responsabilité pénale et droit social, avant et après la loi du 10 juillet 2000 », *RJS* 2001 p. 283-298, spécifiquement p. 290.

⁹ P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, 6^e édition.

¹⁰ Par exemple, Crim. 25 mai 1994, Bull. crim. 1994 n° 203, Crim. 7 mai 1996, Bull. crim. 1996 n° 194, Crim. 6 mai 1997, Bull. crim. 1997 n° 197.

¹¹ J. LEROY, *op. cit.*, n° 401.

¹² H. MATSOPOULOU, « La responsabilité pénale du chef d'entreprise », *RJC* novembre 2001, p. 45.

¹³ Contravention, Crim. 9 novembre 1998, inédit titré pourvoi n° 97-85497. Disponible sur www.legifrance-gouv.fr.

¹⁴ Contravention, Crim. 9 novembre 1999, inédit titré pourvoi n° 98-88186. Disponible sur www.legifrance-gouv.fr.

¹⁵ Crim. 15 mars 1993, Bull. crim. 1993 n° 113.

tromperie¹⁶, le délit de démarchage¹⁷, le délit de pollution des eaux¹⁸ et le délit de publicité illicite en faveur du tabac¹⁹. Il existe beaucoup d'autres infractions. Ce sont ces infractions intentionnelles qui sont susceptibles, si elles sont commises au sein de l'entreprise, de faire peser une « *présomption de responsabilité* »²⁰ sur le chef d'entreprise.

Dès lors, le chef d'entreprise ou son délégataire commet toujours l'infraction. C'est pourquoi la Cour de cassation n'exige pas la vérification de la qualité de l'auteur de l'infraction. Plusieurs arrêts confirment cette approche.

La jurisprudence considère que le chef d'entreprise a toujours les pouvoirs les plus étendus qui lui permettent et l'obligent à faire respecter la réglementation par l'entreprise²¹. Elle considère aussi que la violation d'une obligation de sécurité est toujours délibérée, la faute toujours caractérisée²², ou que la faute du décideur est toujours la cause directe du dommage²³. Donc, la loi du 10 juillet 2000 n'a, semble-t-il, eu aucune incidence sur la responsabilité pénale du chef d'entreprise et donc sur les cas de non-identification des personnes physiques.

II. *L'existence d'une volonté libre et éclairée*

Dans certains cas, bien que les trois éléments de l'infraction soient réunis, l'auteur de l'infraction ne peut être responsable pénalement car le droit français exige qu'il ait compris et voulu son acte. L'auteur d'une infraction doit disposer de son libre-arbitre. Parfois, la volonté de cette personne est atteinte en elle-même. La cause de cette irresponsabilité est alors subjective dit-on, par exemple en cas de trouble mental. La doctrine utilise en ce cas le terme de « cause de non-imputabilité ». Mais parfois l'atteinte au libre-arbitre est objective, car sa cause ne réside pas dans la personne même, mais dans un fait extérieur, par exemple en cas d'ordre donné par l'autorité légitime. La doctrine utilise alors le terme de « fait justificatif ». Retenons cette division issue de la tradition, alors même que ni le législateur ni la jurisprudence ne fait cette distinction. Ces « causes de non-imputabilité » ou « faits justificatifs » sont parfois complètes, parfois partielles. Par exemple les troubles mentaux, selon leur gravité, font disparaître la responsabilité pénale, ou l'atténuent seulement, le « demi-fou » restant « à demi responsable ».

A. Les causes de non-imputabilité

a. *La minorité*

L'article 122-8 du Code pénal résume la philosophie de l'ordonnance de 1945 régissant la responsabilité pénale des mineurs, qui est moins de sanctionner l'acte accompli que de prévenir des actes futurs : « Les mineurs reconnus coupables d'infractions pénales font l'objet de mesures de protection, d'assistance, de surveillance et d'éducation dans les conditions fixées par une loi particulière. »

¹⁶ Crim. 23 novembre 1999, inédit, pourvoi n° 98-81719. Disponible sur www.legifrance-gouv.fr.

¹⁷ Crim. 16 mars 1994, inédit titré pourvoi n° 93-83183. Disponible sur www.legifrance-gouv.fr.

¹⁸ Crim. 6 octobre 1955, Bull. crim. 1955 n° 330, 23 avril 1992, Bull. crim. 1992 n° 179. Mais *contra* Crim. 12 juin 2001, inédit titré, pourvoi n° 00-87702. Disponible sur www.legifrance-gouv.fr.

¹⁹ Crim. 28 octobre 1998 précité.

²⁰ Note de J-C. SAINT-PAU précitée, « La faute diffuse de la personne morale ».

²¹ J. LEROY, *op. cit.*, n°390.

²² J. LEROY, *op. cit.*, n°434.

²³ En ce sens CONTE (P.) et MAISTRE DU CHAMBON P., *op. cit.*, n° 386. P. MORVAN, « Responsabilité pénale et droit social, avant et après la loi du 10 juillet 2000 », *RJS* 2001 p. 283-298, spécifiquement p. 290.

Cette loi détermine également les conditions dans lesquelles des peines peuvent être prononcées à l'encontre des mineurs âgés de plus de treize ans.

L'ordonnance du 2 février 1945 distingue ainsi entre les mineurs de moins de 13 ans, irresponsables pénalement, les mineurs de 13 à 16 ans, qui n'encourent qu'une sanction au maximum de moitié de la peine prévue pour les adultes, et les mineurs de 16 à 18 ans, pour lesquelles l'excuse de minorité n'est que facultative pour le juge.

b. Les personnes morales

L'article 121-2 du Code pénal a posé en principe la responsabilité des personnes morales. Certaines limites et exceptions subsistent cependant. L'État reste irresponsable pénalement, ainsi que les autres collectivités territoriales dans leur activité de police.

c. Le trouble mental

Le terme de « démence », inscrit à l'article 64 de l'Ancien Code pénal, a été remplacé par le terme de « troubles psychiques ou neuropsychique » par l'article 121-1, dans ses alinéas 1 et 2.

L'article 122-1 alinéa 1 dispose : « N'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes. »

L'article 122-1 alinéa 2 précise : « La personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré son discernement ou entravé le contrôle de ses actes demeure punissable ; toutefois, la juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime. »

La liste est longue de ces troubles, qui sont le plus souvent déterminés par un expert, bien que l'expertise soit un élément de fait qui ne lie pas le juge qui pourrait décider de ne pas suivre son avis.

Le critère est en effet légal et non médical : il faut que le trouble ait aboli le « discernement » ou le « contrôle des actes ». La circulaire du 14 mai 1993 a précisé ce texte : « Les dispositions nouvelles, en supprimant la notion de démence, mettent en évidence que l'irresponsabilité pénale découle de la perte du libre-arbitre, quelle que soit la nature du trouble mental qui en est à l'origine. »

L'effet de l'application de l'article 122-1 alinéa 1, qui vise le cas de « l'abolition » des facultés mentales, est de faire disparaître toute responsabilité pénale. En théorie, mise en détention provisoire, la personne doit être libérée. En pratique, l'article 348 du Code de la santé publique prescrit de saisir le préfet, qui peut décider d'ordonner une hospitalisation d'office.

L'effet de l'application de l'article 122-1 alinéa 2, qui vise « l'altération » des facultés mentales, est d'inviter les juges à tenir compte de cette circonstance lors de la détermination de la peine.

Au civil, l'article 489-2 du Code civil précise qu'au contraire du droit pénal « celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental n'en est pas moins obligé à réparation ».

d. La contrainte irrésistible

L'article 122-2 du Code pénal dispose : « N'est pas pénalement responsable la personne qui a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister. » En ce cas, l'absence de libre-arbitre, de liberté de la personne, interdit qu'elle soit sanctionnée. Cette contrainte peut être une contrainte physique, soit violence d'une tierce personne, soit événement naturel. La contrainte peut être morale, telle la menace d'un tiers.

Bien évidemment une double condition est préalable à la non-responsabilité pénale du fait de la contrainte. D'une part, la contrainte doit être irrésistible. D'autre part, la contrainte ne doit pas résulter d'une faute antérieure. Cette notion est très proche de la notion de force majeure en droit civil.

e. L'erreur de droit

Depuis 1994, l'article 122-3 dispose : « N'est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit, qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte. » Lors des travaux préparatoires, un exemple avait été cité : une personne qui exporte des capitaux et viole la réglementation financière alors même que l'administration fiscale avait fait savoir que selon son interprétation des textes en vigueur, elle estimait l'opération licite : l'erreur de droit justifie alors le comportement incriminé par la loi.

Depuis, la chambre correctionnelle de la cour d'appel de Paris a appliqué l'erreur de droit en estimant que les positions divergentes des chambres sociales et criminelles de la Cour de cassation quant à la licéité de la production en justice par le salarié de documents de l'entreprise pour assurer sa défense dans un procès prud'homal, sont de nature à créer un doute sur la solution juridiquement applicable. Elle en a déduit la possibilité pour le salarié poursuivi pour délit de vol de ces documents de se prévaloir d'une erreur sur le droit l'exonérant de sa responsabilité pénale (CA de Paris, 9 novembre 2000, Sté Micro contrôle c/Bravo, RJS 8-9/01, décision du mois n° 990). La Cour de cassation semble n'admettre cependant qu'exceptionnellement l'erreur de droit, qui pourrait presque toujours être évitée – et ne serait donc ni invincible, ni insurmontable – par le recours à ceux qui savent le droit. Des « juristes avisés » peuvent donc éclairer le justiciable sur le sens et la portée des lois, décisions de justice et autres avis émanant de l'Administration. La Cour écarte ainsi l'erreur de droit dans l'interprétation des textes relatifs à la durée maximale du travail invoquée par un employeur aux motifs qu'elle n'était pas insurmontable car elle « pouvait faire l'objet d'une consultation auprès de l'inspection du travail » (Cass. crim., 5 mars 1997 ; JCP G 1997, IV, 1608 ; Dr. pénal 1997, comm. 107 ; Bull. crim., n° 84 ; Juris-Data n° 002439). De même, elle écarte l'erreur sur la portée d'une autorisation d'urbanisme commercial invoquée par une société aux motifs qu'elle était en mesure « de disposer de juristes qualifiés pour l'éclairer sur ses choix de stratégie commerciale » (Cass. crim., 19 mars 1997 ; Bull. crim., n° 115 ; Dr. pénal 1997, com. 107 ; Juris-Data n° 002587). Mais si le juriste qualifié commet une erreur, celle-ci doit justifier son client, et l'erreur de droit est admise, ce qui est le cas pour des informations fausses données par un avocat à son client sur les modalités d'exercice d'un droit de visite (CA Douai, 26 sept. 1996 ; Dr. pénal 1997, comm. 60). À l'identique, l'arrêt du 24 novembre 1998 (JCP G 1999, II, 10208, note M.-A. Houtmann ; D. 2000, somm. p. 114, obs. G. Roujou de Boubée) a admis qu'il y avait bien une erreur insurmontable pour le chef d'entreprise poursuivi pour infraction à la législation sur la durée du travail qui invoquait le fait qu'il appliquait les clauses d'un accord professionnel comportant sans doute une prolongation excessive de la durée du travail, mais élaboré sous l'égide d'un médiateur désigné par le gouvernement. La Cour de cassation considère que l'erreur **induite** par un tiers était inévitable.

B. Les faits justificatifs

a. L'ordre de la loi et de l'autorité légitime

L'article 122-4 dispose « N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires. N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal ». Par exemple, l'article L. 12 du Code de la santé publique impose aux médecins de déclarer des maladies contagieuses les plus graves. Cet ordre de la loi justifie l'absence de responsabilité pénale résultant de la commission de l'infraction de divulgation d'informations relevant du secret professionnel prévu à l'article 226-12 du Code pénal. Autre exemple, le pouvoir du chef d'entreprise sur le salarié résultant du rapport de subordination juridique qui justifie les ordres et les directives en droit du travail ne crée aucune immunité ou cause d'irresponsabilité nouvelle en matière pénale. Qu'il

ait agi ou non dans les limites de la mission impartie par son commettant, un préposé reste « pénalement » responsable des infractions qui lui sont imputables. Sa culpabilité demeure, même lorsqu'il a agi sur l'ordre de son commettant, un tel ordre ne constituant pas le commandement de l'autorité légitime, au sens de l'article 122-4 du Code pénal, seul de nature à exonérer l'exécutant de sa responsabilité pénale ; *Cf.* : Cass. crim., 4 octobre 1989, Bull., n° 338, pour une dénonciation calomnieuse commise par une employée sur ordre de son directeur ; Cass. crim., 13 mars 1997, Bull., n° 107, pour des fausses factures établies par un salarié sur instructions de son employeur.

EXEMPLE

Un salarié est licencié pour harcèlement sexuel. Il fait citer son employeur devant le tribunal de police pour diffamation non publique envers un particulier en raison des termes de la lettre de licenciement qui visait des faits de « harcèlement sexuel » comme motifs de ce licenciement.

La Cour de cassation (Cass. crim., 12 oct. 2004, n° 5744 F-P+F) approuve la cour d'appel d'avoir écarté l'incrimination de diffamation, rappelant que « l'article L. 122-14-2 du Code du travail fait obligation à l'employeur d'énoncer le ou les motifs du licenciement dans la lettre [de licenciement]. » La cour confirme une application ancienne de l'ordre de la loi comme fait justificatif de l'incrimination de diffamation en affirmant que l'obligation pour l'employeur d'énoncer le motif du licenciement dans la lettre de licenciement constitue un fait justificatif en matière de diffamation.

Elle précise que les motifs ont été énoncés, « sans que soient développés d'autres griefs ou des circonstances superflues », peut-être pour suggérer une distinction entre ce qui permet de motiver le licenciement conformément à la loi, et l'allégation de détails superflus qui pourraient éventuellement justifier la qualification de diffamation.

La cour applique strictement l'article 122-4 du Code pénal prévoyant un fait justificatif au bénéfice de « la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires », l'article L. 122-14-2 du Code du travail imposant à l'employeur de faire connaître le motif de licenciement, il ne peut être poursuivi pour diffamation à ce titre. La motivation est en effet essentielle à l'existence d'une cause réelle et sérieuse au licenciement et ceci même dans l'hypothèse où le salarié a demandé lui-même à ce que les motifs du licenciement ne soient pas énoncés (Cass. soc., 10 janv. 1995, Bull. civ. V, n° 19). La Chambre criminelle avait déjà jugé que la lettre qui informait le salarié sur les causes de son licenciement constituait un fait justificatif en matière de diffamation (Cass. crim., 5 nov. 1974, Bull. crim., n° 312).

b. La légitime défense

La légitime défense est un fait justifiant l'absence de responsabilité pénale prévue par article 122-5, dans des conditions radicalement différentes selon que cette légitime défense concerne la défense des personnes (alinéa 1) ou la défense des biens.

La légitime défense des personnes. 122-5 alinéa 1 : « N'est pas pénalement responsable la personne qui, devant une atteinte injustifiée envers elle-même ou autrui, accomplit, dans le même temps, un acte commandé par la nécessité de la légitime défense d'elle-même ou d'autrui, sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte. »

La légitime défense des biens. 122-5 alinéa 2 : « N'est pas pénalement responsable la personne qui, pour interrompre l'exécution d'un crime ou d'un délit contre un bien, accomplit un acte de défense, autre qu'un homicide volontaire, lorsque cet acte est strictement nécessaire au but poursuivi dès lors que les moyens employés sont proportionnés à la gravité de l'infraction. »

L'article 122-6 pose certaines présomptions de légitime défense :

« Est présumé avoir agi en état de légitime défense celui qui accomplit l'acte :

1. pour repousser, de nuit, l'entrée par effraction, violence ou ruse dans un lieu habité ;
2. pour se défendre contre les auteurs de vols ou de pillages exécutés avec violence ».

c. L'état de nécessité

L'article 122-7 dispose : « N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace. » Cet article a une origine historique précise : madame Ménard vole un pain pour nourrir ses enfants, ne pouvant se résigner à les voir mourir de faim. Le tribunal correctionnel de Château-Thierry, sous la présidence du juge Magnaud, la relaxe pour cause de contrainte morale, notion inexistante à l'époque dans le Code pénal ! En appel, la cour d'Amiens confirme le 22 avril 1898 la décision du tribunal correctionnel sur le fondement de l'absence d'intention délictueuse. Or cette motivation était de circonstance, car madame Ménard savait pertinemment que son comportement était illicite ! La doctrine a alors élaboré la notion d'état de nécessité comme élément de non-responsabilité pénale, dès lors qu'un individu est contraint de sacrifier une valeur inférieure à une valeur supérieure. Par exemple, une voiture franchit une ligne blanche pour éviter un accident. La jurisprudence a consacré cette notion (Cass. crim. 25 juin 1958, D. 1958, p. 693). La loi a enfin introduit cette notion dans le Code pénal en 1994. La loi et la jurisprudence imposent cependant trois conditions pour admettre l'état de nécessité : l'existence d'un danger actuel ou imminent ; la nécessité d'une infraction ; que le péril auquel le délinquant a voulu échapper en commettant l'infraction n'ait pas pour origine sa propre faute.

TITRE II. LES PERSONNES RESPONSABLES

L'auteur de l'infraction, c'est celui qui commet les faits incriminés, ou tente de commettre un crime, ou, dans les cas prévus par la loi, un délit. Le principe est donc la responsabilité personnelle, en raison de faits commis personnellement.

Ce principe général du droit français est inscrit à l'article 121-1 du NCPC : « Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait. » Par exemple, un père ne pourra être pénalement responsable des infractions commises par son fils mineur. C'est une des grandes différences avec la responsabilité civile.

Ce principe de personnalité de la responsabilité souffre cependant d'exceptions de plus en plus nombreuses. Le droit pénal met à mal le principe de la responsabilité personnelle. L'affaire dite du Talc Morhange donne un bon exemple de cet enchevêtrement de responsables : un produit pour bébés provoqua morts et blessures graves en raison d'un surdosage accidentel d'hexachlorophène (tribunal correctionnel de Paris, 11 février 1980 ; cour d'appel de Versailles, 15 décembre 1980). L'employé aide-préparateur à l'origine de l'accident fut poursuivi, ainsi que le contremaître chargé de surveiller l'atelier de préparation et que le délégué du chef d'entreprise de préparation du produit. Mais les dirigeants de la société productrice d'hexachlorophène, de la société fabricante du médicament, et de la société ayant préparé le produit selon la formule prescrite par le fabricant, furent aussi poursuivis. Et si de tels faits se produisaient aujourd'hui, les trois sociétés seraient elles aussi poursuivies. Ainsi, pour les personnes physiques, le chef d'entreprise est responsable des infractions liées au fonctionnement de l'entreprise, même si la faute pénale a été commise par un salarié. Il est donc responsable non seulement de ses faits personnels, mais aussi des faits d'autrui ! Pour les personnes morales, leur responsabilité personnelle n'exonère pas la responsabilité pénale personnelle des personnes physiques auteurs ou complices de ces mêmes faits ! Pour éclairer cette question complexe de la détermination de la personne responsable, étudions successivement la responsabilité des personnes physiques et des personnes morales.

CHAPITRE I. LA RESPONSABILITÉ DES PERSONNES PHYSIQUES

La responsabilité personnelle est celle de celui qui commet ou tente de commettre les faits illicites, mais aussi les coauteurs de ces faits, et les complices de ces faits. Or dans l'entreprise, il est souvent question d'une responsabilité pénale pour autrui, ou « du fait d'autrui ». La responsabilité des personnes physiques n'est en effet plus seulement une responsabilité personnelle, mais aussi une responsabilité pour autrui, c'est-à-dire du fait d'autrui.

Cette appellation de responsabilité du fait d'autrui est issue de la tradition, et heurte le principe inscrit dans la loi de la responsabilité personnelle. Elle désigne la responsabilité du chef d'entreprise, et plus généralement ce que certains appellent la responsabilité des « auteurs successifs » : un premier auteur a personnellement laissé faire un second auteur. Par exemple, au cours d'un chantier de ravalement, un ouvrier travaillant sur un échafaudage, laisse tomber un outil qui atteint un passant, alors qu'aucun filet de protection n'entourait l'échafaudage. Qui est responsable ? L'ouvrier a certes commis une infraction d'atteinte involontaire à autrui avec incapacité totale de travail de plus de trois mois, prévue à l'article 222-19 du Code du travail. Le contremaître qui a donné l'ordre à l'ouvrier de travailler alors que le filet de sécurité n'était pas encore installé est complice par instigation de cette infraction de l'ouvrier. Le chef de chantier, responsable de la sécurité et de l'installation de l'échafaudage, a commis une imprudence en ne veillant pas à l'installation d'un filet de sécurité pourtant obligatoire. Le dirigeant de l'entreprise de ravalement a également commis une imprudence en ne vérifiant pas que le chef de chantier avait veillé à la sécurité de chantier... Concrètement, le juge va analyser les fautes commises par chacun. Il peut y avoir en ce cas cumul d'« auteurs », et de sanctions, et notamment sanction du chef d'entreprise pour le fait de ses salariés, alors même qu'il n'est jamais allé sur le chantier !

Le dirigeant peut cependant tenter d'échapper à cette responsabilité pour autrui en cas de délégation de pouvoir, si celle-ci est antérieure à la consommation de l'infraction, expresse, à une personne pourvue de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires pour exercer le contrôle des règles d'hygiène et de sécurité. Le salarié titulaire de la délégation de pouvoir peut avoir en ce cas lui aussi une responsabilité pour autrui. Par exemple, le chef de chantier peut être responsable des faits de l'ouvrier et du contremaître. Cette responsabilité du chef d'entreprise a été originellement construite pour le droit du travail, mais est aujourd'hui beaucoup plus large : droit de la consommation, de l'environnement...

Section 1. Le chef d'entreprise

Le chef d'entreprise, comme toute personne physique, est responsable de son propre fait. Par exemple, s'il refuse personnellement de faire entrer un inspecteur du travail dans l'entreprise. Autre exemple, dans l'important arrêt Schmitt la chambre criminelle de la cour de cassation semble justifier la condamnation de l'employeur par un défaut dans l'exercice de son pouvoir consistant en une désorganisation dans le pouvoir de direction, prérogative qui consiste à donner des ordres et directives et à sanctionner leur manquement. En l'espèce, deux accidents du travail s'étaient produits sur des presses dont les systèmes de protection étaient inexistantes ou défectueux. Pour approuver l'arrêt d'appel qui sanctionnait le chef d'entreprise, la Cour de cassation affirme « *que le dispositif de sécurité avait été démonté la veille et n'avait pas été remis en place avant la reprise du soir ; que cette carence démontre une mauvaise coordination entre l'équipe du soir et celle du matin et une absence de détermination des responsabilités de chaque chef d'équipe ou contremaître ; que l'organisation de la sécurité incombe au chef d'entreprise auquel il appartient de préciser les tâches et responsabilités de chacun et de donner des directives et délégations de pouvoirs nécessaires, ce qu'en l'espèce le prévenu avait omis de faire* » (Cass. crim. 19 janvier 1982, Schmit et Thomas).

Mais il est aussi personnellement responsable de faits réalisés personnellement par ses salariés...

I. Le chef d'entreprise est responsable pénalement des faits de ses salariés

A. Les deux sources de la responsabilité du chef d'entreprise : loi et jurisprudence

La loi impose cette responsabilité dans de nombreux textes. Par exemple, l'article L. 263-2 du Code du travail dispose que sont punissables « les chefs d'établissement, directeurs, gérants ou préposés qui, par leurs fautes personnelles ont enfreint les dispositions... » en matière de réglementation sur l'hygiène et la sécurité des travailleurs. En cas d'accident corporel sur un chantier ce texte est presque toujours visé avec l'article 221-6 du Code pénal relatif aux homicides et blessures par imprudence. Par ailleurs, de très nombreux textes prévoient cette responsabilité pour autrui de l'employeur, tant en droit du travail qu'en droit des affaires, de l'environnement, de la consommation...

La jurisprudence avait créé dès **1892 (arrêt Ferrand)** un principe général de responsabilité de l'employeur du fait de ses salariés. Cette responsabilité est le corollaire du pouvoir de l'employeur sur ses salariés. Cette responsabilité est très importante en pratique car elle permet de mettre en jeu la responsabilité de l'employeur même si un texte ne le vise pas expressément. Il suffit que le texte de loi, même implicitement, oblige à l'observation d'un règlement, « notamment dans les industries soumises à des règlements édictés dans un intérêt de salubrité ou de sûreté publique, la responsabilité pénale remonte essentiellement aux chefs d'entreprise, à qui sont personnellement imposés les conditions et le mode d'exploitation de leur industrie » (Cass. crim. 28 février 1956 ; JCP 1956 ; II 9304).

B. Les deux conditions de la responsabilité : l'infraction d'un préposé et la faute personnelle du chef d'entreprise

Première condition : l'infraction du préposé. La responsabilité du chef d'entreprise ne peut être engagée qu'en cas d'infraction commise par son préposé (c'est-à-dire son salarié). Mais aucune singularité par rapport à cette infraction n'est exigée. Ce peut être une infraction de commission (par exemple la pollution d'une rivière) ou, le plus souvent d'omission (par exemple l'omission de prendre des mesures de sécurité au travail). Cependant, même lorsqu'il n'a pas délégué ses pouvoirs, le chef d'entreprise peut être exonéré si l'infraction est due exclusivement à la désobéissance soudaine d'un exécutant qui va commettre la faute qui va causer un dommage à autrui. (Cass. Crim., 14 mars 1979, Bull. crim, n° 109.) Cette solution parfois critiquée est compréhensible car alors le salarié fautif se place en dehors de la relation de subordination.

Seconde condition : la faute personnelle du chef d'entreprise. Cette condition est controversée. Longtemps la responsabilité du chef d'entreprise a été considérée comme une responsabilité automatique. Désormais, l'évolution de la législation (1996 et 2001) exige un examen de la nature de la faute du chef d'entreprise. (*Voir supra*, La faute non intentionnelle).

II. La délégation de pouvoir à un salarié transfère à celui-ci la responsabilité pénale du chef d'entreprise

Une délégation de pouvoir exonère le chef d'entreprise de sa responsabilité pénale, au profit du titulaire de cette délégation. Et le titulaire de cette délégation, par exemple le directeur général, peut lui-même consentir des subdélégations, par exemple aux divers chefs d'établissements. Cependant, aucun texte ne détermine les conditions de validité d'une délégation de pouvoir. La jurisprudence reprend une formule presque toujours identique : « Attendu que le chef d'entreprise...ne peut être exonéré de sa responsabilité que s'il démontre que l'infraction a été commise dans un service dont il a confié la direction ou la surveillance à un préposé désigné par lui et pourvu de la compétence ainsi que de l'autorité nécessaire pour veiller efficacement à l'observation des dispositions en vigueur ». Par un arrêt du 1^{er} décembre 1998 (Bull. n° 325 ; rapp. C. cass. 1998, p. 302), la Chambre criminelle avait déjà eu l'occasion d'indiquer, bien que la question ne lui eût pas été alors directement posée, que la

personne ayant reçu délégation de pouvoirs d'un organe d'une personne morale pouvait être considérée comme un représentant de celle-ci au sens de l'article 121-2 du Code pénal, et donc engager sa responsabilité pénale. Cette solution, dont les incidences pratiques sont considérables, a été très nettement consacrée par les deux arrêts des 9 novembre et 14 décembre 1999 selon lesquels la qualité de représentant doit être reconnue aux individus « pourvus de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires », ayant « reçu une délégation de pouvoirs de la part des organes de la personne morale ».

Section 2. Le titulaire d'une délégation du chef d'entreprise

Le chef d'entreprise peut déléguer ses pouvoirs à un salarié, voire même à un tiers à l'entreprise, transférant ainsi à ce représentant la responsabilité du fait des salariés.

I. *Le champ de la délégation de pouvoir*

A. Le champ matériel de la délégation : les matières concernées

Le domaine de la délégation de pouvoirs a évolué. Dans un premier temps, la jurisprudence considérait que dans le cadre de certaines infractions, notamment les infractions à la réglementation économique et financière, au droit boursier et au droit des sociétés, le chef d'entreprise ne pouvait s'exonérer par une délégation de pouvoirs²⁴. Il s'agissait alors d'une compétence exclusive du chef d'entreprise²⁵. Il fallait que la délégation de pouvoirs ait été admise par le législateur²⁶.

Un revirement a été opéré par la Cour de cassation dans 5 arrêts en date du 11 mars 1993²⁷, « 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 sa responsabilité pénale s'il rapporte la preuve qu'il a délégué ses pouvoirs à une personne pourvue de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires ». Ainsi, en principe tous les pouvoirs du chef d'entreprise sont transférables. Donc, quel que soit le domaine, le titulaire d'une délégation valide peut engager la responsabilité pénale de la personne morale. Deux nuances sont à apporter. La première est que, si tout domaine peut être délégué, il faut néanmoins que la délégation soit spéciale et non généralisée à l'ensemble de l'entreprise. La seconde nuance est que certaines décisions relèvent de l'administration générale²⁸ de l'entreprise. En effet, dans un arrêt du 17 juin 2003²⁹, le pourvoi reprochait aux juges du fond de ne pas avoir pris en compte une délégation de pouvoirs. Le délégataire était un directeur régional qui avait fait signer des contrats de travail dissimulés. La Cour de cassation approuve néanmoins la cour d'appel qui a écarté la délégation de pouvoirs parce que « ces pratiques illicites généralisées procédaient d'un « choix de stratégie » et parce que les infractions n'étaient pas limitées « à la direction régionale ». Donc certaines décisions prises par le délégataire ne lui sont pas imputables mais sont la conséquence de décisions prises en amont dans l'entreprise. Dans ce cas, ce n'est pas le délégataire qui engage la responsabilité pénale de la personne morale mais plutôt le chef d'entreprise.

Pendant, la délégation de pouvoirs peut être variée dans la forme et les délégataires peuvent à leur tour déléguer.

²⁴ T. DELMASSO, *op. cit.*, p. 79. Crim. 14 février 1973, Bull. crim. 1973 n° 81.

²⁵ H. MATSOPOULOU, « La responsabilité pénale du chef d'entreprise », *RJC*, novembre 2001, p. 45.

²⁶ Crim. 17 juillet 1990, Bull. crim. 1990 n° 287. Crim. 11 mars 1991, Bull. crim. 1991 n° 117.

²⁷ Bull. crim. 1993 n° 112.

²⁸ E. DREYER précité.

²⁹ Inédit titré Pourvoi n° 02-84224, disponible sur www.legifrance.gouv.fr.

B. Le champ organique de la délégation : la personne concernée

La délégation de pouvoirs ne pouvait initialement pas être consentie à un tiers à l'entreprise, il devait s'agir d'un salarié de la société. Désormais, un salarié d'une autre société peut être délégataire si ce salarié est salarié d'une société faisant partie d'un groupe avec la société du chef d'entreprise délégant. Cette solution a été posée par des arrêts du 26 mai 1994 (Bull. n° 100), par lesquels la chambre criminelle a admis que le président de la société dominante d'un groupe de sociétés pût déléguer ses pouvoirs en matière d'hygiène et de sécurité à un membre d'une société filiale placé sous son autorité hiérarchique. Par un arrêt en date du 9 novembre 1999 (pourvoi n° D 98-81.746), la Cour de cassation conforte et précise cette solution : cinq entreprises de bâtiment chargées des travaux de gros œuvre d'un même chantier avaient constitué une société en participation (SEP) et convenu de déléguer à un directeur de chantier, salarié de l'une d'entre elles, la société Spie Batignolles, les pouvoirs nécessaires pour assurer sur le site l'hygiène et la sécurité de l'ensemble du personnel détaché sur le chantier. À cet effet, une délégation de pouvoirs avait été donnée par écrit par chacun des dirigeants des sociétés concernées. À la suite d'un accident dont avait été victime un salarié de la société Spie Citra, membre de la SEP, les cinq sociétés ont été poursuivies pour blessures involontaires en raison de la faute commise par le délégataire de pouvoirs, tenu pour leur représentant commun. Pour sa défense, la société Spie Citra, employeur de la victime, fit valoir notamment que cette délégation n'était pas valable dès lors que, le délégataire n'étant pas son salarié mais celui de la société Spie Batignolles, elle ne disposait sur lui d'aucune autorité hiérarchique. La chambre criminelle a approuvé la cour d'appel d'avoir écarté cette argumentation, relevant que chacune des sociétés avait consenti une délégation de pouvoirs et que le délégataire disposait des pouvoirs, de la compétence et des moyens nécessaires à l'exécution de sa mission. L'apport de l'arrêt du 9 novembre 1999 est d'admettre la validité de la délégation à un salarié d'une autre société même lorsque la « société délégante » et la société qui emploie le délégataire, réunies au sein d'un groupe, entretiennent des relations égalitaires. Il faut toutefois souligner que, dans l'espèce soumise à la chambre criminelle, la délégation ainsi reconnue valable avait été approuvée par l'employeur du délégataire, employeur qui avait lui-même consenti à son salarié une délégation identique aux fins d'assurer la sécurité du même chantier. Le montage juridique original adopté par les sociétés concernées impliquait une telle solution, à moins de considérer, ce qui eût été singulier, qu'aucune société n'était responsable de la sécurité. En effet, il n'était pas possible de considérer que seule la société, employeur du délégataire, était responsable de l'accident, puisqu'elle n'avait pas elle-même été contractuellement chargée, comme cela aurait pu être le cas, de la sécurité de l'ensemble du chantier. Il n'était pas davantage possible de retenir la responsabilité pénale de la société en participation puisqu'une telle société est dépourvue de la personnalité morale (art. 1873 C. civ.) et se trouve donc exclue du champ de l'article 121-2 du Code pénal.

II. Les conditions de la délégation de pouvoir

Les conditions de validité peuvent être interprétées au regard de la jurisprudence et de la doctrine même si la Cour de cassation a laissé à l'appréciation souveraine des juges du fond « *la réalité et la portée d'une délégation de pouvoirs, à une personne ayant la compétence, l'autorité et les moyens nécessaires* »³⁰.

³⁰ Crim. 7 avril 2004, inédit pourvoi n° 03-83512, disponible sur www.legifrance.gouv.fr. Déjà : Crim. 10 septembre 2002, inédit pourvoi n° 01-85210, disponible sur www.legifrance.gouv.fr.

A. Conditions de forme de la délégation

Délégation expresse et tacite

La délégation de pouvoirs n'est pas nécessairement écrite, il s'agit d'une solution bien établie par la Cour de cassation³¹. Comme nous l'avons déjà précisé, la délégation de pouvoirs est issue d'un contrat (le contrat de travail ou une convention qui y est rattachée)³². La validité de l'investiture n'est donc pas subordonnée à un écrit qui en constaterait la teneur (absence de formalisme) même si en pratique celui-ci est nécessaire pour prouver notamment que le délégataire a été informé de cette délégation ! Et pour prouver que la délégation a bien un objet précis, car aucun transfert de responsabilité pénale ne pourra avoir lieu lorsque le préposé mis en cause aura seulement été investi d'une délégation générale portant sur l'organisation du travail dans la partie de l'entreprise où s'est produite l'infraction !

La convention peut être établie par voie orale entre le chef d'entreprise et le préposé. Et le titulaire d'une délégation non écrite peut engager la responsabilité pénale de la personne morale³³.

La délégation de pouvoirs de fait ou implicite est différente. Si la délégation de pouvoirs non écrite est fondée sur une convention orale, cette dernière est explicite parce que convenue au cours d'une discussion entre les parties. Alors que la délégation de pouvoirs implicite ne résulte d'aucune discussion, il ne s'agit pas d'un contrat (acte juridique), mais d'un état de fait. Ce cas de délégation de pouvoirs semble néanmoins rare car difficile à prouver. En l'absence d'écrit ou d'accord, il faudrait démontrer que le salarié se conduit comme un délégataire, c'est-à-dire qu'il prend des décisions pour le compte de la personne morale. Or, le droit pénal a souvent recours à la théorie de l'apparence « *pour tenir compte du fait, en accord avec les impératifs de répression* »³⁴. Donc, la théorie de l'apparence pourrait permettre de faciliter la preuve de la délégation de pouvoirs de fait. Ainsi, la preuve que le préposé agissait aux yeux des tiers comme un délégataire devrait suffire. La Cour de cassation semble avoir consacré cette solution dans l'arrêt du 14 décembre 1999 (*Chambre criminelle, 14 décembre 1999 (pourvoi n° Q 99-80.104)*). Dans l'espèce, une société d'économie mixte (SEM) chargée du fonctionnement des remontées mécaniques et de l'exploitation du domaine skiable avait été poursuivie pour homicide involontaire après qu'un skieur eut été emporté par une avalanche. Pour retenir la responsabilité de la société, la cour d'appel avait estimé que deux salariés de celle-ci, le directeur des pistes et le chef de secteur, avaient pris la décision fautive d'ouvrir les pistes sans avoir au préalable déclenché les avalanches prévisibles. Pour la cour d'appel, la faute de ces deux salariés engageait celle de la SEM dès lors « qu'ayant exercé, à l'égard du public, les pouvoirs de décision de la société, ils avaient la qualité de représentants de celle-ci ». La chambre criminelle a approuvé cette motivation en estimant qu'il s'en déduisait que les deux salariés avaient reçu délégation de pouvoirs de la part des organes de la société.

Cependant, la question de l'existence de la délégation implicite est controversée. La doctrine³⁵ se contente d'affirmer que la délégation de pouvoirs peut être non écrite et peut résulter d'organigramme, sans évoquer la question de la délégation implicite. Un nombre restreint d'auteurs³⁶ considèrent que sous la dénomination de délégation implicite se trouve en réalité un cas de délégation non écrite. Il nous semble néanmoins, que la plupart des auteurs n'ont pas pensé à ce cas de figure et qu'ils ne sont pas hostiles à la délégation implicite.

³¹ Par exemple : Crim. 22 octobre 1991, inédit titré pourvoi n° 89-86770, disponible sur www.legifrance.gouv.fr.

³² T. DELMASSO *op. cit.*, p. 25.

³³ Crim. 4 septembre 2001, inédit titré pourvoi n° 00-87410, disponible sur www.legifrance.gouv.fr.

³⁴ CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *op. cit.*, n° 28.

³⁵ F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *op. cit.*, n° 530. J. LEROY, *op. cit.*, n° 435. R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 530.

³⁶ T. DELMASSO précité, p. 73.

La chambre criminelle de la Cour de cassation semble prendre position dans un arrêt en date du 9 novembre 1999³⁷. En l'espèce, une société est reconnue responsable, pour la faute commise par deux salariés, du délit d'homicide par imprudence. La cour d'appel considère que ces deux salariés étaient des représentants de la société au motif qu'ils ont « à l'égard du public, exercé le pouvoir de décision » de la société. Ainsi les juges du fond considèrent que les salariés sont des représentants parce qu'ils apparaissent aux yeux du public comme étant des représentants.

On pourrait penser à première vue qu'ils sont des dirigeants de fait. Mais la Cour de cassation rejette le pourvoi au motif que « ces prévenus, pourvus de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires, avaient reçu une délégation de pouvoirs de la part des organes de la personne morale ». Si la Cour de cassation a qualifié les deux salariés de délégataires et non de dirigeants de fait c'est parce que le pouvoir apparent s'exerçait dans le cadre du domaine spécifique de la sécurité et non sur l'ensemble de l'entreprise. La Cour de cassation valide l'appréciation des faits par les juges du fond qui utilisent la théorie de l'apparence pour apporter la preuve d'une délégation de pouvoirs.

Pluralité de délégation

Le chef d'entreprise peut décider d'établir dans l'entreprise une pluralité de délégations.

Le plus souvent, il s'agit de subdélégation, c'est-à-dire d'une pluralité de délégation « verticale » : le chef d'entreprise consent une délégation de pouvoir à une personne qui elle-même consent une délégation de pouvoir à une autre personne sur laquelle elle exerce son pouvoir de direction. Parfois, il peut s'agir d'une pluralité de délégations horizontale, une « codélégation » : le chef d'entreprise consent deux délégations à deux employés dans un même domaine et précise la répartition des compétences³⁸.

La subdélégation

La subdélégation est admise par la Cour de cassation depuis longtemps³⁹ mais uniquement lorsqu'elle était autorisée par le chef d'entreprise⁴⁰. La Cour de cassation a opéré un revirement⁴¹ dans un arrêt du 30 octobre 1996⁴², l'autorisation du chef d'entreprise n'est désormais plus nécessaire à la validité de la subdélégation de pouvoirs⁴³.

La codélégation

En principe, plusieurs délégations ne peuvent être faites dans le même domaine. Dans le cas contraire, les délégations étaient annulées, « un tel cumul étant de nature à restreindre l'autorité et à entraver les initiatives de chacun des prétendus délégataires »⁴⁴. Ce qui signifierait qu'en cas de cumul de délégation, aucun représentant ne serait responsable et susceptible d'engager la responsabilité de la personne morale. Cette conséquence est à nuancer parce qu'en réalité c'est le chef d'entreprise qui serait responsable et engagerait la responsabilité pénale de la personne morale.

³⁷ Déjà cité.

³⁸ T. DELMASSO *op. cit.*, p. 90.

³⁹ H. MATSOPOULOU précité.

⁴⁰ Crim. 8 février 1983, Bull. crim. 1983 n° 48.

⁴¹ T. DELMASSO, *op. cit.*, p. 90 s.

⁴² Bull. crim. 1996 n° 389.

⁴³ E. DREYER précité.

⁴⁴ Crim. 6 juin 1989, Bull. crim. 1989 n° 133. Crim. 19 mars 1996, inédit titré pourvoi n° 94-84854, disponible sur www.legifrance.gouv.fr.

Il semblerait néanmoins que la Cour de cassation ait opéré un revirement. Dans un arrêt en date du 3 avril 2002⁴⁵, la Cour de cassation rejette le pourvoi qui arguait du fait que la victime d'un accident avait reçu une délégation de pouvoirs et était donc responsable de l'événement, au motif que la cour d'appel a justifié sa décision en considérant qu'en cas de cumul de délégation le salarié ayant le rang hiérarchique le plus élevé est le seul délégataire. Donc la cour écarte implicitement l'annulation des délégations en cas de cumul. Le délégataire ayant le rang hiérarchique le plus élevé peut donc engager la responsabilité pénale d'une personne morale.

Mais un arrêt du 12 novembre 2003⁴⁶ sème le doute. L'un des moyens au pourvoi reprochait aux juges du fond d'avoir annulé les délégations de pouvoirs au motif qu'il y avait un cumul. Or, nous venons d'apprendre qu'en cas de cumul de délégations, il n'y a pas annulation de ces dernières. Donc la solution aurait dû être la censure des juges du fond. Néanmoins, la Cour de cassation rejette le pourvoi au motif que les conditions de la délégation de pouvoirs n'étaient pas remplies. La Cour de cassation a déduit des faits, souverainement appréciés par les juges du fond, que le délégataire n'avait pas l'autorité suffisante. Si les juges du fond constatent que le cumul a restreint l'autorité et l'initiative des délégataires, alors les délégations de pouvoirs ne sont pas valables parce que les salariés n'ont pas l'autorité nécessaire.

Est-ce un retour à la jurisprudence antérieure à avril 2002 ? Non, il existe une différence notable : le cumul de délégations n'entraîne pas automatiquement l'annulation des délégations. Ainsi, l'exigence que la délégation de pouvoirs soit exclusive n'est plus une condition de validité à part entière de la délégation de pouvoirs. Sa validité s'apprécie uniquement en fonction de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires, qui seront plus difficile à apprécier pour le juge en cas de cumul de délégations.

B. Conditions de fond de la délégation

La jurisprudence de la Cour de cassation concernant les conditions de validité de la délégation de pouvoirs a été consacrée par la loi du 13 mai 1996⁴⁷. En effet, la faute par imprudence ne peut être commise que par un individu n'ayant « *pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait* »⁴⁸.

La nature des missions ou fonctions

La délégation de pouvoir doit être précise. Mais cette condition n'est pas de forme, mais de fond, car elle permet de vérifier la réalité de la délégation de pouvoir. Un arrêt est exemplaire de l'importance de cette condition de fond de la délégation de pouvoir (Cass. crim. 17 octobre 2000, n° 00-80.2.308 ; Bull. des arrêts de la Cour de cassation, octobre 2000, p. 880.) : Patrick E. est président du conseil d'administration de deux sociétés qui commercialisent des accessoires automobiles. Il est poursuivi pour détention en vue de la vente de produits contenant des fibres d'amiante. Cette infraction est une contravention, prévue et punie par les articles 1 et 5 du décret du 24 décembre 1996 relatif à l'interdiction de l'amiante, pris en application de l'article L. 223-1 du Code de la consommation. La cour rappelle qu'en vertu d'une jurisprudence constante, le chef d'entreprise peut transférer sa responsabilité pénale s'il établit qu'il a délégué ses pouvoirs à l'un de ses subordonnés en le chargeant de veiller au respect de la loi. Ce dernier, le délégataire, devra répondre à la place du chef d'entreprise, de l'infraction. Mais encore faut-il pour cela que la délégation de pouvoir ne soit pas de pure forme... Ce qui était le cas en l'espèce, le président du conseil d'administration invoquant comme délégation de

⁴⁵ Bull. crim. 2002 n° 77.

⁴⁶ Inédit pourvoi n° 02-88031, disponible sur www.legifrance.gouv.fr.

⁴⁷ Loi n° 96-393

⁴⁸ Article 121-3 alinéa 3.

pouvoir la lettre d'embauche du directeur général, qui n'était qu'une lettre type, et le procès-verbal de la réunion du conseil d'administration désignant ce salarié « en qualité de directeur général, lui conférant les mêmes pouvoirs que ceux appartenant au P-DG pour agir en toutes circonstances au nom et pour le compte de la société, en qualité de mandataire social ». L'arrêt permet donc de préciser qu'une délégation de pouvoir doit être précise, et porter sur des missions ou fonctions déterminées. Cette condition est importante et identique quel que soit le champ de la délégation : droit pénal des affaires au sens strict, mais aussi droit pénal de la consommation, droit pénal du travail... Cet arrêt rappelle aussi la double conséquence pratique de l'absence d'une des conditions de validité d'une délégation de pouvoir : nullité de la délégation de pouvoir, mais aussi des subdélégations de pouvoirs : « d'où il résulte que le prévenu n'avait pas délégué ses pouvoirs, en la matière, au directeur général de la société et ne pouvait, en conséquence, invoquer une subdélégation consentie par ce directeur général aux directeurs de magasins ».

La compétence du délégataire

La compétence c'est-à-dire l'état des connaissances techniques et juridiques du délégataire, doit être en rapport avec l'objet de la délégation : il faut que le délégataire ait intellectuellement prise sur la situation. Tout d'abord le délégataire est compétent et possède les moyens suffisants lorsqu'il a les connaissances indispensables à l'accomplissement de sa mission ou a bénéficié d'une formation professionnelle en vue de les acquérir, et lorsqu'il a des moyens financiers (budget) ou le pouvoir d'embaucher du personnel⁴⁹.

Le pouvoir du délégataire

Il doit disposer d'un pouvoir de commandement suffisant pour obtenir des salariés placés sous sa surveillance l'obéissance nécessaire au respect de la loi. Une des conséquences est que l'autorité déléguée revêt un caractère exclusif, et ne peut être concentrée que sur une seule tête, pour un même secteur de l'entreprise. L'autorité est sans conteste la condition la plus importante. Le titulaire d'une délégation doit disposer d'un pouvoir sur les autres salariés qui doit se concrétiser en un pouvoir de prononcer ou de proposer une sanction à l'encontre d'un employé, et en un pouvoir d'organisation ou de direction⁵⁰. L'autonomie est le critère décisif pour apprécier si le délégataire a une autorité suffisante. N'a pas d'autonomie le salarié qui subit un contrôle permanent de l'employeur⁵¹.

Les moyens du délégataire

La circulaire ministérielle du 2 mai 1977 a indiqué que la délégation de pouvoir ne saurait exonérer le chef d'entreprise de sa responsabilité de principe que s'il a mis à la disposition de son délégataire les moyens d'assumer réellement ses obligations de sécurité. Cette condition est appréciée avec de plus en plus de rigueur par les juges. Ces moyens peuvent être des moyens financiers (budget) ou le pouvoir d'embaucher du personnel.⁵²

CHAPITRE 2. LA RESPONSABILITÉ DES PERSONNES MORALES

La question théorique du fondement de la responsabilité pénale des personnes morales reste posée. Pour certains, pour qui la personne morale est une « réalité », la personne morale est responsable de son propre fait et le juge doit rechercher, dans sa structure et son fonctionnement, des motifs de la condamner, distincts de ceux qui peuvent justifier la responsabilité des « organes ou représentants » personnes physiques. La criminologie a depuis très longtemps analysé le crime « en col blanc », et mis

⁴⁹ T. DELMASSO, *op. cit.*, p. 64 s.

⁵⁰ E. DREYER précité.

⁵¹ Crim. 27 février 1985, Bull. crim. 1985 n° 133.

⁵² T. DELMASSO, *op. cit.* p. 64 s.

en évidence que, par leur structure et leur fonctionnement, certaines sociétés ont un effet criminogène sur le comportement des personnes physiques qui les dirigent. Dans ces cas, apparaissent ce que Sutherland appelle des « associations différentielles », dont les valeurs malfaisantes expliquent les infractions des décideurs « en col blanc » (E.-H. Sutherland, et D. R. Cressey, *Principes de criminologie*, Sirey, 1966, p. 85 à 108 ; D. R. Cressey, *Why managers commit fraud*, *Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 1986, p. 195 à 209). Le fondement de la responsabilité des personnes morales serait dans ce lien de causalité entre une « structure vicieuse » et la délinquance d'un dirigeant. Ne seraient responsables que les entreprises où se manifesterait ce lien. La responsabilité ne serait en aucun cas automatique, et il faudrait l'apprécier dans chaque espèce.

Pour d'autres, qui admettent mal la « réalité » des personnes morales, la personne morale n'est qu'une fiction. Elle est donc responsable, pour autrui, sa responsabilité n'étant que le reflet ou la conséquence mécanique de celle de ses « organes ou représentants ». Cette responsabilité ne serait qu'une responsabilité pour autrui. Elle serait alors quasi automatique. Il semble que la jurisprudence fasse une lecture de la loi conforme à la seconde théorie. La raison en est cependant très pragmatique : obtenir le plus de condamnations possibles pour dissuader le plus possible les comportements criminels dans l'entreprise.

Les pays qui ont admis la responsabilité pénale des personnes morales peuvent se distinguer en deux catégories : les pays qui admettent une responsabilité directe de la personne morale et ceux qui admettent une responsabilité indirecte qui se fait par l'intermédiaire de ses organes ou représentants⁵³. La France appartient à cette dernière catégorie.

Le Nouveau Code pénal a en effet institué en 1994 à l'article 121-2 une responsabilité pénale des personnes morales : « Les personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7 et dans les cas prévus par la loi ou le règlement, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants.

Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de convention de délégation de service public.

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

Cette responsabilité des personnes morales a été construite à l'imitation des personnes physiques, et peut donc s'appliquer à une personne morale en qualité d'auteur, ou de complice, en cas de tentative ou d'infraction consommée... La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits ! Il peut donc, là encore, y avoir cumul de responsabilité : la personne physique est condamnée, et la personne morale est condamnée !

La responsabilité des personnes morales n'est cependant pas générale. La loi instaurait deux conditions à la mise en jeu de cette responsabilité : elle ne pouvait être mise en œuvre qu'à la condition d'avoir été prévue spécialement pour l'infraction considérée ; que si les infractions avaient été commises par leurs organes et représentants pour le compte de la personne morale. La personne morale n'est donc pas engagée si l'organe ou le représentant a agi pour un tiers, ou contre l'intérêt de la personne morale. Ainsi, en droit français, la responsabilité pénale des personnes morales est limitée à la fois par la nécessité d'une faute commise par un organe ou un représentant et par les cas prévus par la loi ou le règlement.

Mais ces limitations disparaissent peu à peu, du fait de la loi et de la jurisprudence, et la responsabilité pénale des personnes morales s'étend de plus en plus. Cette actuelle généralisation donne à cette responsabilité des personnes morales une place de plus en plus importante dans le droit pénal. Il reste

⁵³ J. PRADEL, *op. cit.*, n° 242.

aujourd'hui de moins en moins de conditions à l'imputation de la responsabilité pénale des personnes morales, qu'il s'agisse des conditions relatives des personnes morales elles-mêmes, ou des personnes physiques qui agissent en son nom.

Section 1. L'imputation de la responsabilité pénale à la personne morale

La loi a restreint à la fois la nature des personnes morales qui peuvent être sanctionnées pénalement, et la nature des infractions qui peuvent leur être imputées.

I. Première condition : la spécialité des personnes morales

A. Certaines personnes morales sont totalement ou partiellement exonérées de responsabilité pénale

L'État est lui aussi totalement exempt de responsabilité pénale. Les collectivités territoriales sont responsables pénalement seulement dans les missions de service public qu'elles exercent en régie, ou par délégation en dehors des missions d'ordre public. Selon l'article 121, alinéa 2 du Code pénal, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables que des infractions commises « dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public ». Quelles sont les activités susceptibles de faire l'objet d'une telle délégation ? La Cour de cassation a eu affirmé par exemple, que le service de l'enseignement public n'était pas « en raison de sa nature même » susceptible de faire l'objet de conventions de délégation de service public. En revanche, un arrêt du 3 avril 2002 (JCP G 2002, IV, 1899 ; Juris-Data n° 2002-014066) retient la responsabilité d'une commune à la suite d'un accident mortel survenu à un salarié d'une entreprise qu'elle avait chargé pour des travaux de mise en conformité de l'installation électrique du théâtre municipal. La Cour de cassation estime, qu'en l'absence de dispositions législatives contraires, une convention de délégation est possible dès lors que le délégataire est rémunéré en fonction de l'activité concernée, en l'espèce, rémunéré en fonction des résultats de l'exploitation du théâtre.

B. Les groupements dénués de la personnalité morale sont exonérés de cette responsabilité

Concernant tout d'abord les sociétés, la personnalité morale s'acquiert à partir de l'immatriculation. Seules les sociétés immatriculées peuvent engager leur responsabilité pénale. Ainsi les sociétés créées de fait, les sociétés de fait, les sociétés en formation, les sociétés en participation⁵⁴ n'engagent pas leur responsabilité pénale.

La société ne peut plus être déclarée responsable lorsqu'elle disparaît, c'est-à-dire, lors de la dissolution, mais la personnalité morale étant maintenue pour les besoins de la liquidation, elle peut être poursuivie jusqu'à la fin de cette dernière.

La société peut aussi disparaître par fusion-absorption, la Cour de cassation considère alors dans deux arrêts en date du 20 juin 2000⁵⁵ et du 14 octobre 2003⁵⁶ que « l'absorption avait fait perdre son existence juridique à la société absorbée ». Donc la société absorbée ne peut pas être sanctionnée pénalement tout comme la société absorbante. Pourtant cette jurisprudence est parfois critiquée, la

⁵⁴ Crim. 14 décembre 1999, Bull. crim. 1999 n° 306.

⁵⁵ Bull. crim. 2000 n° 237, D. 2001 p. 853, note H. MATSOPOULOU, « La société absorbante n'est pas responsable de l'infraction commise par la société absorbée ».

⁵⁶ Inédit, pourvoi n° 02-82376. Disponible sur www.legifrance-gouv.fr.

soupage traditionnelle de la fraude ne paraissant pas suffisante à certains auteurs⁵⁷ : une personne n'étant responsable que de son propre fait, une société absorbante ne saurait être condamnée pour le délit de blessure involontaire commis par la société absorbée à l'occasion d'un accident du travail survenu avant cette absorption (Cass. crim. 20 juin 2000, Sté Pilkington Sud, RJS 1/01, décision du mois n° 145).

D'autres personnes morales de droit privé sont susceptibles d'engager leur responsabilité pénale. Il s'agit notamment des associations (déclarées, reconnues d'utilité publique), des syndicats professionnels et des fondations.

Néanmoins les types de groupements ayant la personnalité juridique ne peuvent être déterminés avec exhaustivité depuis l'arrêt du 28 janvier 1954⁵⁸. Si la loi ne décide pas de la personnalité juridique des groupements, alors tout groupement, qui remplit les critères, a vocation à la personnalité morale. Et certains auteurs se fondent sur la théorie de la réalité des personnes morales pour affirmer que les groupements de fait peuvent se voir attribuer une personnalité morale et être responsables pénalement⁵⁹. Si la Cour de cassation a reconnu la réalité des personnes morales, elle n'en exclut pas moins les formalités nécessaires à l'expression de cette entité et la nécessaire volonté de ses membres de lui conférer la personnalité juridique. Ainsi, les groupements de fait, qui ne veulent pas la personnalité juridique et qui ne font pas les démarches nécessaires à cela, ne peuvent pas engager leur responsabilité pénale, seuls leurs membres peuvent être séparément poursuivis.

II. *Seconde condition : la spécialité des infractions*

A. **Le principe de spécialité**

L'article 121-2 ancien du Code pénal datant de 1994 disposait que les personnes morales sont pénalement responsables « *dans les cas prévus par la loi ou le règlement* ». La responsabilité pénale des personnes morales était spéciale, elle était limitée à certaines infractions. Les personnes morales ne pouvaient être sanctionnées que si le texte de l'infraction prévoyait expressément son application à celles-ci. L'ancien article 121-2, alinéa 1 du Code pénal était le fondement légal du principe dit de « spécialité ». Le législateur avait en effet décidé de limiter étroitement la responsabilité pénale des personnes morales pour ne pas effrayer ceux qui étaient opposés à cette innovation majeure. Mais depuis, des dizaines de textes sont venus compléter cette liste en étendant le domaine de la responsabilité pénale des personnes morales à d'innombrables infractions, aussi bien à celles prévues par le Code pénal qu'à celles prévues par des textes restés extérieurs à ce code.

Certains crimes et délits contre les personnes et les biens pouvaient entraîner la responsabilité pénale des personnes morales depuis le 1^{er} mars 1994, date d'entrée en vigueur du Nouveau Code pénal. Tout d'abord, la catégorie des crimes et délits contre les personnes est la plus représentée. Par exemple, l'article 213-3 du Code pénal prévoit la responsabilité pénale des personnes morales pour les crimes contre l'humanité, l'article 221-7 pour l'homicide involontaire ou encore l'article 223-2 pour le risque causé à autrui. Beaucoup d'autres infractions contre les personnes sont concernées, par exemple : les délits d'atteinte à la vie privée, d'atteinte à la représentation de la personne⁶⁰, de dénonciation

⁵⁷ D. VICH-Y-LLADO, « La responsabilité pénale des personnes morales en cas de fusion », *JCP*, éd. 2001, p. 838.

⁵⁸ Précité.

⁵⁹ J-C. PLANQUE, *La détermination de la personne morale pénalement responsable*, Éd. L'Harmattan, 2003, n° 186. C. PUECH, *Droit pénal général*, Litec, 1988. J-H. ROBERT, *Droit pénal général*, Thémis, 4^e édition, 1999, p. 364 et 365. N. RONTCHEVSKI et M. COMPORTI, « Responsabilité pénale des personnes morales : la notion d'entité personnifiée », *Petites affiches* 1996, n° 149, numéro spécial, p. 7.

⁶⁰ Art. 226-7 du Code pénal.

calomnieuse⁶¹, de discrimination⁶², d'atteinte involontaire à l'intégrité de la personne causant une incapacité totale de travail⁶³, de manquement délibéré à une obligation de sécurité⁶⁴, de montage de parole ou d'image⁶⁵, de proxénétisme⁶⁶, et de recherche biologique illégale⁶⁷.

Ensuite, le Code pénal prévoit que la responsabilité pénale des personnes morales peut être engagée pour des crimes et délits contre les biens. L'article 311-16 du Code pénal prévoit cette responsabilité pour le vol. De plus, l'abus de confiance⁶⁸, le chantage et l'extorsion⁶⁹, la destruction ou la dégradation⁷⁰, le détournement de gage ou d'objet saisi et l'insolvabilité frauduleuse⁷¹, l'escroquerie⁷², la fraude informatique⁷³, le recel et les infractions aux règles régissant le registre des objets mobiliers⁷⁴, sont autant de délits susceptibles d'entraîner la responsabilité pénale des personnes morales depuis le 1^{er} mars 1994.

Des infractions dans d'autres domaines. Tout d'abord, le Code pénal de 1994 prévoit la responsabilité des personnes morales pour les crimes et délits contre la nation, l'État, et la paix publique aux articles 414-7⁷⁵ et 431-21⁷⁶ du Code pénal, des infractions graves telles que le trafic de stupéfiant⁷⁷ et le terrorisme⁷⁸, mais aussi le délit de faux⁷⁹, de fausse monnaie⁸⁰ et le délit de contrefaçon⁸¹. L'usage irrégulier de qualité et l'usurpation de fonctions ou de titres, l'opposition à l'exécution de travaux publics, la corruption active et le trafic d'influence, sont aussi des délits pour lesquels la loi⁸² prévoit la responsabilité pénale des personnes morales. Enfin, les atteintes à la justice peuvent aussi entraîner la responsabilité pénale des personnes morales, celle-ci étant prévue par l'article 434-47 du Code pénal.

B. L'augmentation des cas de responsabilité pénale

Beaucoup de lois sont intervenues, depuis 1992, pour incriminer les personnes morales qui commettent des infractions existantes mais pour lesquelles le Nouveau Code pénal n'avait pas choisi de les rendre responsables. Le nombre des dispositions à élargir la responsabilité pénale des personnes morales a considérablement augmenté. Certains auteurs parlent d'« extension anarchique »⁸³ de la

⁶¹ Art. 226-12 du Code pénal.

⁶² Art. 225-4 du Code pénal.

⁶³ Art. 222-21 du Code pénal.

⁶⁴ Art. 222-21 et 223-2 du Code pénal.

⁶⁵ Art. 226-7 et 226-9 du Code pénal.

⁶⁶ Art. 225-12 du Code pénal.

⁶⁷ Art. 223-9 du Code pénal.

⁶⁸ Art. 314-12 du Code pénal.

⁶⁹ Art. 312-15 du Code pénal.

⁷⁰ Art. 322-17 du Code pénal.

⁷¹ Art. 314-13 du Code pénal.

⁷² Art. 313-9 du Code pénal.

⁷³ Art. 323-6 du Code pénal.

⁷⁴ Art. 321-12 du Code pénal.

⁷⁵ L'atteinte à la défense nationale, aux intérêts fondamentaux de la nation, l'espionnage, la trahison.

⁷⁶ La constitution de groupe de combat et de mouvements dissous.

⁷⁷ Art. 222-42 du Code pénal.

⁷⁸ Art. 422-5 du Code pénal.

⁷⁹ Art. 441-12 du Code pénal.

⁸⁰ Art. 442-14 du Code pénal.

⁸¹ Art. 444-9 du Code pénal.

⁸² Art. 433-25 du Code pénal.

⁸³ J-C. PLANQUE précité.

responsabilité pénale des personnes morales. Avant même l'entrée en vigueur du Nouveau Code pénal, dès la loi d'adaptation du 16 décembre 1992⁸⁴, de nouveaux cas de responsabilité pénale sont créés⁸⁵. Ensuite se succèdent les lois, la loi du 29 janvier 1993 qui prévoit la responsabilité pénale des personnes morales pour certaines infractions en matière de prix, une loi du 20 décembre 1993 pour des infractions concernant le travail illégal, une loi du 4 janvier 1994 pour les infractions commises par les entreprises d'assurance....

C. La suppression du principe de spécialité par la loi « Perben 2 »

La loi récente du 9 mars 2004 sur l'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité a renversé le principe et généralisé la responsabilité pénale des personnes : les personnes morales sont désormais responsables à l'imitation des personnes physiques, sans qu'il soit nécessaire que le législateur ait prévu spécialement que l'incrimination s'applique aussi. La suppression du principe de spécialité est différée, par la loi « Perben 2 » au 31 décembre 2005.

La loi du 9 mars 2004⁸⁶ portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité a en effet prévu la suppression du principe de spécialité. Cette loi vise à adapter la justice à la criminalité internationale et donc à durcir le droit pénal et la procédure pénale. Le législateur en a donc profité pour durcir la répression des personnes morales en la généralisant. Cependant, la suppression du principe de spécialité n'est pas immédiate, le législateur a laissé un temps d'adaptation aux personnes morales. En effet, l'article 207 IV prévoit que l'article 54 du Code pénal s'applique à partir du 31 décembre 2005.

Une circulaire est venue préciser la portée de cette réforme (Circulaire CRIM 06-3/E8, JUS D 06 30016 C du 13 février 2006). La circulaire commence par rappeler que cette généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales – applicable depuis le 31 décembre 2005, dès lors qu'il s'agit de faits commis à compter de cette date, précise le ministère (Pire, Responsabilité pénale des personnes morales : difficultés de droit transitoire, D. 2004, Chron. p. 1650). En ce qui concerne les infractions pour lesquelles la responsabilité pénale des personnes morales est nouvellement encourue, seule pourra être prononcée une peine d'amende dont le maximum est égal à cinq fois le montant de l'amende encourue par les personnes physiques ; étant précisé, pour éviter toute lacune dans la répression, que lorsqu'il s'agit d'un crime pour lequel aucune peine d'amende n'est prévue à l'encontre des personnes physiques, l'amende encourue par les personnes morales est de 1 000 000 euros (C. pén., art. 131-38). En revanche, en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires spécifiques, les autres peines susceptibles d'être prévues contre les personnes morales en application des articles 131-39 et 131-43 du Code pénal ne peuvent être prononcées. La Chancellerie recommande, à l'attention des magistrats du ministère public, qu'en cas d'infraction intentionnelle, la règle soit l'engagement de poursuites à la fois contre la personne physique auteur ou complice des faits, et contre la personne morale, dès lors que les faits ont été commis pour son compte par un de ses organes ou représentants. En revanche, en cas d'infraction non intentionnelle ou d'infraction de nature technique pour laquelle l'intention coupable peut résulter de la simple inobservation, en connaissance de cause, d'une réglementation particulière, les poursuites contre la seule personne morale devront être privilégiées, et la mise en cause de la personne physique ne devra intervenir que si une faute personnelle est suffisamment établie à son encontre pour justifier une condamnation pénale.

In fine la circulaire énumère une liste des principales infractions pour lesquelles la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales présente un intérêt pratique tout particulier, et dont on

⁸⁴ N° 92-1336.

⁸⁵ J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 14^e édition, 2002/2003, n° 533. Sont notamment cités les atteintes au droit d'auteur et la banqueroute.

⁸⁶ N° 2004-204, *JO* n° 59 du 10 mars 2004, p. 4567.

peut penser que le ministère public en fera un large usage ; d'autant qu'elles correspondent à des infractions dont les juridictions avaient pu manifester une volonté de poursuivre, restée lettre morte sous l'empire des textes anciens. Par exemple, les délits de non-respect des règles d'hygiène et de sécurité du travail, de harcèlement moral, les délits en matière de démarchage ou de pratiques commerciales prohibées, les délits et contraventions en matière de transports routiers (falsification de documents de travail, défaut de licence de transport, dépassement du temps de conduite, incitation aux excès de vitesse...), les abus de biens sociaux constatés entre sociétés d'un même groupe, le délit de présentation de comptes inexacts ou les contraventions de non-dépôt des comptes annuels...

Section 2. La commission de l'infraction par des personnes physiques

L'article 121-2 du Code pénal prévoit que « *les personnes morales [...] sont responsables pénalement [...] des infractions commises [...] par leurs organes ou représentants* ».

La commission de l'infraction par un organe ou un représentant est une condition essentielle à la responsabilité pénale des personnes morales.

PREMIÈRE REMARQUE

Il existe une seule exception à ce principe, qui découle de l'alinéa 4 de l'article 121-2 qui prévoit que « la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3 ». Cet article indique, *a contrario*, que la responsabilité pénale de la personne morale peut être retenue sans que celle de la personne physique puisse l'être, dans le cas d'une causalité indirecte, et donc que les personnes morales ne bénéficient pas de la loi du 10 juillet 2000⁸⁷. Dans un arrêt en date du 24 octobre 2000⁸⁸, la Cour de cassation a jugé que « les personnes morales sont responsables pénalement de toute faute non intentionnelle de leurs organes ou représentants ayant entraîné une atteinte à l'intégrité physique constitutive du délit de blessures involontaires, alors même qu'en l'absence de faute délibérée ou caractérisée au sens de l'article 121-3, alinéa 4, nouveau, la responsabilité pénale des personnes physiques, ne pourrait être recherchée ». Ainsi, dans ce cas mais dans ce cas seulement, la responsabilité exclusive de la personne morale peut être retenue, si l'organe ou le représentant a commis certes une faute involontaire mais pas une faute aggravée, et que sa responsabilité personnelle n'est pas retenue.⁸⁹

SECONDE REMARQUE

De la définition des notions d'organe et de représentant dépend l'étendue de la responsabilité pénale des personnes morales. Or ces notions ne font l'objet d'aucune définition légale, et il appartenait donc au juge de les définir. Et plus la définition est large plus le nombre de personnes susceptibles d'engager la responsabilité pénale des personnes morales est important. Il semble que les juges regroupent sous le vocable d'organe ou de représentant toute personne ayant un réel pouvoir de décision ou de direction au sein de la personne morale.

I. Les infractions commises par les organes

A. Les mandataires légaux sont des organes

Première question : Quels sont les « organes » de la société au sens de l'article L. 121-2 du Code pénal ?

⁸⁷ Note de M. GIACOPELLI précitée.

⁸⁸ Bull. crim n° 268, *Les Petites Affiches*, n° 228 du 15 novembre 2001, page 21, note M. GIACOPELLI, « Les tribulations de la responsabilité pénale des personnes morales ». *JCP G*, 2001, p. 1058 ; note M. DAURY-FAUVEAU, « Homicide et blessures volontaires : conditions de la responsabilité pénale des personnes morales après la loi du 10 juillet 2000 ».

⁸⁹ F. DESPORTES, « Les conditions d'imputation d'une infraction à une personne morale » précité.

Certains auteurs considèrent que l'organe est une institution collégiale⁹⁰. Cependant, pour la doctrine majoritaire⁹¹, un organe est une ou plusieurs personnes (il peut s'agir d'un organe collégial) investies légalement ou par les statuts d'un pouvoir de direction et de gestion (par exemple, le conseil d'administration ou le directeur général). Il est admis en droit commercial qu'il existe deux types d'organes : les organes qui ont le pouvoir de décision (élaboration de la volonté sociale) qui sont des organes collectifs le plus souvent (conseil d'administration, directoire), et les organes de représentation (exécution dans les rapports avec les tiers)⁹² qui sont les dirigeants. En réalité, l'organe n'est pas un mandataire, il est désigné par les statuts, il fait partie de la société, il s'identifie à elle⁹³. Cette conception de la notion d'organe est d'ailleurs confirmée par un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 2 décembre 1997⁹⁴ où la Cour de cassation qualifie le « *directeur général* » d'une société d'« *organe de la personne morale* ».

Ainsi, d'après la doctrine⁹⁵, chaque type de personne morale peut voir sa responsabilité engagée par un organe collégial. Pour la société anonyme, il peut s'agir du conseil d'administration, du directoire, ou de l'assemblée des actionnaires.

Il existe néanmoins une difficulté pour les sociétés anonymes (SA) à directoire. Elles sont composées d'un conseil de surveillance. Ce dernier peut-il engager la responsabilité de la SA ? Il s'agit, bien évidemment, d'un organe et, à ce titre, il est susceptible d'engager la responsabilité de la société⁹⁶. Cependant le conseil de surveillance n'exerce pas des fonctions de direction, de gestion ou d'administration. Donc, bien qu'étant un organe, le conseil de surveillance ne peut pas engager la responsabilité de la SA⁹⁷. Et, si les membres du conseil de surveillance peuvent être inquiétés pour le défaut de surveillance de la gestion en cas d'infraction⁹⁸, l'infraction ne peut être reprochée qu'au directoire et non au conseil de surveillance.

Seconde question : Lorsqu'une infraction est commise par le biais d'une délibération par exemple, alors un organe collégial de la personne morale commet l'infraction. Dans ce cas doit-on identifier les personnes physiques qui composent l'organe collégial ?

Pour certains auteurs⁹⁹, seule l'identification de l'organe collégial suffit. Cela est tout à fait logique puisque la loi n'exige pas l'identification d'une personne physique, mais que l'infraction soit commise par un organe ou un représentant. Or si l'infraction est commise par un organe collégial alors la condition pour que la responsabilité de la personne morale puisse être mise en jeu est respectée. Si aucun arrêt de la Cour de cassation ne permet de confirmer directement cette approche, un arrêt concernant la responsabilité des personnes physiques peut nous éclairer. Dans un arrêt en date du

⁹⁰ J. PRADEL, *Traité de droit pénal général*, Cujas, 14^e édition, 2002/2003, n° 534. H. RENOUT, *Droit pénal général*, Paradigme CPU, 2002, p. 180.

⁹¹ Notamment : R. BERNARDINI, *Droit pénal général*, Gualino, 2003, n° 511. F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, Économica, 10^e édition, coll. Corpus de droit privé, 2003, n° 605. J. LARGUIER, *Droit pénal général*, Dalloz, 19^e édition, coll. Mémentos, 2002, p. 98. C. MASCALA, *Droit pénal général*, Montchrestien, coll. Pages d'amphi, 2003, p. 91. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, Cujas, Tome 1, 7^e édition, 1997, n° 646. C. PAULIN, *Droit pénal général*, Litec, 3^e édition, 2002. J-C. PLANQUE, *La détermination de la personne morale pénalement responsable*, Éd. L'Harmattan, 2003, n° 322. D. OHL, « Recherche sur un dédoublement de la personnalité en droit pénal », in Études offertes à B. Mercandal, F. Lefebvre 2002, p. 373. M-L. RASSAT, *Droit pénal général*, PUF, 3^e édition, 2000, n° 356. M-C. SORDINO, *Droit pénal général*, Ellipses, coll. Universités droit, 2002. G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, *Droit pénal général*, Précis Dalloz 18^e éd., 2003, n° 312.

⁹² Y. GUYON, *Droit des affaires*, Économica, Tome 1, 12^e édition, 2003, n° 190. G. RIPERT, R. ROBLLOT, *Traité de droit commercial*, Litec, Tome 1, vol. 2, 18^e édition, 2002, n° 1149.

⁹³ M. DE JUGLART, B. IPPOLITO, *Les sociétés commerciales*, Montchrestien, vol. 2, 10^e édition, n° 121.

⁹⁴ Bull. crim. 1997 n° 408.

⁹⁵ J. PRADEL, *Traité de droit pénal général*, Cujas, 14^e édition, 2002/2003, n° 534. J-C. PLANQUE, *op. cit.*, n° 329.

⁹⁶ J. PRADEL, *op. cit.*, n° 534.

⁹⁷ J-C. PLANQUE, *op. cit.*, n° 326.

⁹⁸ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Litec, 14^e édition, n° 796.

⁹⁹ J. LEROY, *op. cit.*, n° 446. D. OHL, précité, p. 380.

11 mai 1999¹⁰⁰, la chambre criminelle de la Cour de cassation a traité de l'imputation d'une infraction à un organe collégial. En l'espèce, les membres d'un conseil municipal étaient poursuivis pour avoir « adopté une délibération suspendant toute fourniture, hormis le chauffage, à deux écoles maternelles en raison du nombre, jugé excessif, d'enfants de nationalités différentes ». La question était donc de savoir si la discrimination pouvait être imputable aux membres du conseil qui ont voté favorablement à la mesure proposée. La Cour suprême répond par la négative et rejette le pourvoi au motif que « la délibération incriminée, prise par un organe collégial de la commune, ne peut être imputée à ceux des conseillers municipaux ayant exprimé un vote favorable ». *A contrario*, l'infraction est certainement imputable au conseil municipal et, s'il s'agit d'un cas prévu par la loi, la responsabilité de la personne morale pourrait être engagée (mais encore faut-il démontrer qu'il s'agit d'une infraction commise « dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public »¹⁰¹).

EXEMPLE

Arrêt de la chambre criminelle en date du 11 mai 1999 relatif à la détermination de la responsabilité pénale en cas de décision prise de façon collégiale par l'effet d'un vote majoritaire. Des associations avaient en effet porté plainte pour discrimination contre les conseillers municipaux ayant voté la suspension de toute fourniture hormis le chauffage à deux écoles maternelles en raison du nombre jugé excessif d'enfants de nationalités différentes. La Cour de cassation approuve les juges du fond qui ont prononcé une relaxe au motif que la délibération incriminée « prise par un organe collégial de la commune ne peut être imputée à ceux des conseillers municipaux ayant exprimé un vote favorable ». Ainsi, aucun des prévenus ne peut se voir reprocher d'avoir accompli personnellement et individuellement l'un des faits entrant dans les prévisions du texte servant de fondement aux poursuites (Cass. crim., 11 mai 1999 ; Dr. pénal 1999, n° 140, 2^e arrêt ; JCP G 1999, IV, 2783 ; Juris-Data n° 002093). Cette décision pourrait être utilisée pour exonérer de responsabilité pénale les personnes physiques à l'origine de toute décision collégiale régulièrement votée par toute personne morale de droit public ou de droit privé. Des associations, des comités d'entreprises, des sociétés civiles ou commerciales, des établissements publics, des communes pourraient ainsi prendre en toute impunité des décisions violant la législation du travail, le droit des sociétés ou la protection de l'environnement... Et puisque l'on ne pourrait poursuivre les personnes physiques ayant participé à la décision collégiale, même si la responsabilité pénale de la personne morale était légalement prévue pour l'infraction considérée, celle-ci ne pourrait être retenue puisque ses éléments constitutifs ne sauraient être imputés aux organes ou représentants de la personne morale ayant pris la décision...

B. Le dirigeant de fait est un organe

Le mandataire tacite est un représentant de la personne morale qui ne satisfait pas aux exigences posées par la loi pour le mandataire social. Le mandataire social est désigné dans les statuts et peut être identifié par l'administration alors que le mandataire tacite exerce les attributions d'un mandataire sans être désigné par les statuts. Sous le vocable mandataire tacite, se cache en réalité le dirigeant de fait. Il n'existe pas de définition légale du dirigeant de fait. C'est à la jurisprudence, et plus précisément aux juridictions du fond, qu'il est revenu d'analyser les contours de la notion. La qualification d'un individu en dirigeant de fait relève de l'appréciation souveraine des juges du fond¹⁰². Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 17 juin 1987 est souvent cité par la doctrine spécialisée en droit commercial pour le définir¹⁰³. D'après cet arrêt « la qualité de gérant de fait est caractérisée par l'immixtion dans les fonctions déterminantes pour la direction générale de l'entreprise, impliquant une participation continue à cette direction et un contrôle effectif et constant de la marche de la

¹⁰⁰ Bull. crim. 1999, n° 93.

¹⁰¹ Art. 121-2 alinéa 2 du Code pénal.

¹⁰² Com. 2 février 1982, Bull. civ. 1982, 4, n° 40.

¹⁰³ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Litec, 14^e édition, 2001, n° 371. T. GAUTHIER, *Les dirigeants et les groupes de sociétés*, Litec, 2000, n° 808. Y. GUYON, *Droit des affaires*, Economica, Tome 1, 12^e édition, 2003, n° 496.

société en cause ». Le dirigeant de fait peut intervenir dans différents domaines tels que l'organisation de l'entreprise et du travail, la fixation des salaires, l'embauche, l'achat du matériel au nom de la société¹⁰⁴, les relations avec les banques¹⁰⁵. Le dirigeant doit détenir effectivement des pouvoirs de direction tels que sus-énoncés. « *Ce n'est pas un dirigeant apparent de la société, qui ne serait dirigeant qu'aux yeux des tiers, mais c'est un dirigeant effectif* »¹⁰⁶. Cependant, l'apparence crée une présomption quasi irréfragable.

La doctrine est très partagée sur la question de la capacité du dirigeant de fait à engager la responsabilité pénale de la personne morale¹⁰⁷. Mais la jurisprudence est claire. Par un arrêt de la chambre criminelle, la Cour de cassation le 17 décembre 2003¹⁰⁸ affirme qu'une personne physique « *qui agissait en tant que dirigeant de fait de la société, et la représentait, notamment, dans ses relations avec* » une autre société, « *a engagé la responsabilité de la personne morale* »... Cette assimilation du dirigeant de fait au mandataire légal constitue une très sensible extension de la responsabilité pénale des personnes morales, puisque des personnes sans lien de droit avec la personne morale peuvent engager sa responsabilité pénale.

II. Les infractions commises par des représentants

Pour certains, la notion de représentant recouvre toutes les personnes qui ont un pouvoir de représentation. Ainsi, certains organes sont aussi des représentants (notamment le gérant). Toutefois pour d'autres si la notion de représentant doit avoir un sens alors le représentant ne peut être qu'un mandataire de la personne morale autre qu'un mandataire social. C'est-à-dire une personne ayant reçu le pouvoir de représenter la personne morale en certaines circonstances, un mandataire spécial. On pense alors, par exemple, à l'avocat titulaire d'un mandat *ad litem*¹⁰⁹. Cette thèse correspond à la théorie de l'organe qui distingue d'une part les organes décisionnels et d'exécution, d'autre part, les tiers à la personne morale qui peuvent être amenés à la représenter (avocat, administrateur provisoire, liquidateur...). C'est pourquoi le représentant est un mandataire spécial.

A. Le délégué de pouvoir est un représentant

La majorité des auteurs ¹¹⁰ considèrent que ni un salarié ni un dirigeant de fait ne pouvait être un représentant. Cette thèse peut sembler logique puisque le texte vise uniquement les organes ou représentants. Mais la Cour de cassation a eu une interprétation extensive de la notion de représentant comprenant toute personne disposant, de droit ou de fait, d'un pouvoir de direction. Une personne morale ne peut être responsable pénalement que si l'infraction a été commise par une personne qui a le pouvoir d'engager la société. L'article 121-2 du Code pénal qui dispose que les personnes morales sont responsables pénalement des infractions commises, pour leur compte, « *par leurs organes ou représentants* » a été précisé par la jurisprudence. Les organes sont l'assemblée générale, le conseil d'administration, le directoire, le conseil de surveillance, le conseil municipal... Les représentants sont le gérant, le directeur général, le maire, mais aussi les préposés qui ont bénéficié d'une délégation de

¹⁰⁴ J-C. PLANQUE *op. cit.*, n° 345 s.

¹⁰⁵ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 371.

¹⁰⁶ D. TRICOT, précité, p. 24.

¹⁰⁷ Pour un état des lieux : J-C. PLANQUE, *op. cit.*, n° 350 s., J. LEROY, *op. cit.*, n° 447. D. OHL précité, p. 381 note 33.

¹⁰⁸ Inédit pourvoi n° 00-87872, disponible sur www.legifrance.gouv.fr.

¹⁰⁹ Crim. 21 mars 2000, Bull. crim. 2000 n° 128. *JCP éd. E* 2001 p. 133, note J-H. ROBERT, « Responsabilité pénale d'une personne morale à la suite de la production dans une instance prud'homale d'une lettre d'avertissement bénéficiant de l'amnistie ».

¹¹⁰ Notamment G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, *Droit pénal général, Précis Dalloz* 16^e éd., 1996, n° 312. Cités par J-C. PLANQUE, *op. cit.*, n° 378 s.

pouvoir. Désormais, il faut considérer que la personne qui bénéficie d'une délégation de pouvoirs a la qualité de « représentant » de la personne morale, ainsi que le représentant *ad litem*.

Dans l'arrêt du 9 novembre 2000, le directeur des pistes et le chef de secteur avaient reçu une délégation de pouvoirs de la société d'aménagement touristique de l'Alpe d'Huez (SATA). Ils furent poursuivis et condamnés pour homicide involontaire à la suite d'une avalanche ayant entraîné le décès d'un skieur. Il leur était reproché d'avoir pris la décision d'ouvrir une piste sans avoir au préalable déclenché les avalanches pourtant prévisibles en raison d'un fort risque annoncé par les services météorologiques. La responsabilité pénale de la SATA fut également retenue au motif que l'acte fautif avait été commis par des personnes ayant la qualité de représentant de la société et que l'exploitation du domaine skiable entrainait, vis-à-vis de l'utilisateur, dans le cadre d'une délégation de service public industriel et commercial relevant, sur ce point, du droit privé (Bull. crim., n° 252 ; JCP G 2000, IV, 1482 ; Juris-Data n° 004756).

Dans l'arrêt du 14 décembre 1999, cinq entreprises du bâtiment – dont la société Spie-Citra – chargées du chantier de la ligne de métro Météor à Paris et ayant constitué entre elles une société en participation, avaient consenti à un unique chef de chantier une délégation de pouvoirs pour assurer l'hygiène et la sécurité du personnel employé sur le chantier. Un ouvrier de la société Spie-Citra ayant été blessé au cours d'une manœuvre, la responsabilité pénale de cette société fut retenue au motif que le chef de chantier avait bien agi en qualité de représentant de la personne morale puisqu'il avait reçu délégation de pouvoirs de la part du P-DG de la société (JCP G 2000, IV, 1597 ; Juris-Data n° 004838).

La question est donc aujourd'hui réglée : le délégataire de pouvoirs est bien la personne physique par laquelle la responsabilité pénale de la personne morale peut se trouver engagée. C'est donc chez ce délégataire qu'il faut rechercher si tous les éléments constitutifs de l'infraction poursuivie se trouvent réunis (Cass. crim., 2 décembre 1997 ; Bull. crim., n° 420 ; JCP G 1998, II, 10023, rapp. F. Desportes ; Rev. sociétés 1998, p. 148, note B. Bouloc). Il faut également vérifier si la délégation a été valablement consentie. D'ailleurs, la Cour de cassation prend soin de noter que la délégation avait été consentie à une personne disposant des pouvoirs, de la compétence et des moyens nécessaires à l'exécution de sa mission.

B. Le subdélégataire est un représentant

Le titulaire d'une subdélégation de pouvoirs (ou le subdélégataire) est-il susceptible d'engager la responsabilité pénale d'une personne morale en commettant une faute ? Dès lors que la Cour de cassation avait assimilé le délégataire de pouvoirs à un représentant de la personne morale, il semblait logique d'admettre que le subdélégué soit aussi un représentant. C'est ce qu'elle a décidé, dans un arrêt en date du 26 juin 2001¹¹¹. Sont les représentants, au sens de l'article 121-2 du Code pénal, « *les personnes pourvues de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires, ayant reçu une délégation de pouvoirs de la part des organes de la personne morale ou une subdélégation des pouvoirs d'une personne ainsi déléguée* ».

Pourtant, cette solution combinée avec celle de la validité de la subdélégation sans l'autorisation du premier délégant « *risque de distendre le lien voulu entre la personne morale et l'infraction* »¹¹². Cette solution semble néanmoins justifiée par le fait que toute personne, même employée délégataire ou subdélégataire, qui a un pouvoir dans l'entreprise doit être susceptible d'engager la responsabilité pénale de la personne morale.

Pour cela, la Cour de cassation n'hésite pas à qualifier de représentant toute personne qui possède un pouvoir de direction sans en être investi par les statuts ou la loi, dont le dirigeant de fait.

¹¹¹ Bull. crim. 2001 n° 161, D. 2002 p. 1802, note G. ROUJOU DE BOUBÉE.

¹¹² Note de G. ROUJOU DE BOUBÉE précitée.

C. Le mandataire *ad litem* est un représentant

Dans l'arrêt du 21 juin 2000, le représentant d'un employeur avait lors d'un procès devant le conseil des prud'hommes, versé au débat un investissement qui avait été amnistié, alors que l'article 23 de la loi d'amnistie du 3 août 1995 interdit de rappeler l'existence d'une sanction disciplinaire effacée par l'amnistie. La Cour de cassation affirma que « la lettre d'avertissement avait nécessairement été produite par le représentant de cette société », consacrant ainsi le principe selon lequel la personne chargée de représenter une société devant un conseil des prud'hommes et qui, dans l'exécution de sa mission, commet une infraction, engage la responsabilité de cette personne morale. Elle assimile donc le mandataire *ad litem*, avocat ou non, chargé d'accomplir les actes de procédure (C. trav., art. R. 516-5) et le mandataire qui, au nom de la personne morale, prend l'initiative d'agir, en demande ou en défense : dans tous les cas il « représente » la société et engage sa responsabilité pénale. (Cass. crim., 21 juin 2000 ; Bull. crim., n° 128 ; JCP G 2000, IV, 2658 ; Juris-Data n° 003136 ; Dr. pénal 2000, n° 121).

Tableau des différents auteurs d'infraction

AUTEURS	Auteur matériel (ou direct)	Agent qui réalise lui-même les éléments de l'infraction soit seul (auteur unique) soit avec d'autres (coauteur).
	Auteur moral (ou intellectuel)	<i>En législation</i> : provocation réprimée comme délit distinct (art. L. 630, CSP, <i>par ex.</i>). <i>En jurisprudence</i> : guetteur considéré comme coauteur, <i>par ex.</i>
	Auteur média (ou indirect)	<i>Principe</i> : en législation et en jurisprudence, chef d'entreprise responsable des infractions commises par son préposé. <i>Exception</i> : délégation de pouvoir donnée par le chef d'entreprise à son préposé ou absence de faute. <i>Précision</i> : chef d'entreprise responsable comme auteur matériel si faute personnelle malgré délégation.
COMPLICES	Par instigation	Instigation par <i>provocation</i> : suppose certaines conditions indiquées à l'article 121-7, al. 2, CP. Instigation par <i>instructions</i> : ne suppose pas les conditions indiquées à l'article 121-7, al. 2, CP.
	Par aide et assistance	Doit consister en un fait positif (art. 121-7, al. 1, CP). Doit consister en un fait non postérieur à l'infraction (<i>idem</i>).

J. PRADEL
Droit pénal général, Cujas n° 460

TITRE III. LES PROCÉDURES APPLICABLES

CHAPITRE I. LA CONSTATATION DES INFRACTIONS

Section 1. Les personnes privées

En principe, toute personne peut signaler à la police judiciaire une infraction. En cas de crime, cette possibilité est même une obligation. Certaines personnes, tels les maires ont l'obligation de signaler crimes, mais aussi délits.

Mais que doit faire un salarié s'il a connaissance de pratiques délictueuses dans son entreprise ? En France, la « procédure d'alerte », traduction du *whistleblowing* anglo-saxon (littéralement « coup de sifflet »), très répandu aux États-Unis et en Grande-Bretagne, n'a pas cours. Rappelons qu'aux États-Unis, 80 à 90 % des affaires révélées, des affaires de fraude, des affaires de corruption, des affaires de harcèlement, de conflits d'intérêts, trouvent leur origine dans une dénonciation venant de l'entreprise, de salariés de l'entreprise, ou de partenaires de l'entreprise. Ainsi, la plus célèbre des affaires financières, Enron est né par *whistleblowing*.

Cette pratique n'est pas encore encadrée par la loi française alors même que la loi Sarbanes-Oxley de 2002 oblige les entreprises américaines à mettre en place, y compris dans leurs filiales à l'étranger, un système permettant aux salariés de dénoncer les malversations comptables et financières commises en interne. Ainsi, depuis le 26 avril 2003, les entreprises américaines et leurs filiales en France doivent avoir mis sur pied des comités de vérification indépendants pour superviser le processus de vérification. Ceux-ci sont habilités à recevoir des plaintes venant des actionnaires ou encore des employés concernant la comptabilité de l'entreprise et les procédures de vérification. Cette loi prévoit aussi pour les sociétés étrangères cotées à la Bourse de New York l'obligation de mettre en place un dispositif de *whistleblowing*. Or, il y a 300 grandes sociétés européennes qui sont cotées à New York, dont une vingtaine de grandes sociétés françaises.

La loi oblige donc toutes ces sociétés à fournir au minimum à leurs salariés un numéro vert ou une adresse Internet où ils peuvent dénoncer de façon anonyme toute actions frauduleuses : manipulations comptables mais aussi abus de biens sociaux... Or, dans la pratique, les entreprises ont augmenté les demandes, visant notamment les vols, les corruptions, voire l'abus d'alcool ou de drogues... Cette obligation, qui se traduit par l'installation de lignes téléphoniques dédiées ou d'un site Internet où les salariés peuvent témoigner anonymement, s'applique donc à leurs filiales françaises. Certaines la pratiquent déjà, comme HP-Compaq. Récemment, lorsque Kodak France a tenté d'introduire une telle procédure requise par le droit américain, les salariés se sont opposés à un tel projet pourtant imposé par la maison mère. La Cnil (Commission informatique et libertés) a été saisie par les entreprises désireuses de se mettre en conformité avec la loi Sarbanes-Oxley, mais aussi la législation française. Au cours de sa séance du 26 mai 2005, la Cnil a refusé d'autoriser deux projets de « lignes éthiques » destinées au signalement, par des salariés de comportements fautifs imputables à leurs collègues de travail.

Elle estime que de tels dispositifs sont, dans leur principe même, contraires à la loi « informatique et libertés » parce qu'ils pourraient conduire à un système organisé de délation professionnelle. L'utilisation de ces données peut donc être qualifiée de déloyale (Délibération n° 2005-110 du 26 mai 2005 relative à une demande d'autorisation de McDONALD's France pour la mise en œuvre d'un dispositif d'intégrité professionnelle (demande d'autorisation n° 1065767) ; Délibération n° 2005-111 du 26 mai 2005 relative à une demande d'autorisation de la Compagnie européenne d'accumulateurs pour la mise en œuvre d'un dispositif de ligne éthique (demande d'autorisation n° 1045938)). Cependant, le 10 novembre 2005, la CNIL a adopté un document d'orientation définissant les conditions que doivent remplir les dispositifs d'alerte professionnelle pour être conformes à la loi du 6 janvier 1978 modifiée en août 2004. La Cnil n'a donc pas d'opposition de

principe à de tels dispositifs dès lors que les droits des personnes mises en cause dans une alerte sont garantis au regard de la loi « informatique et libertés ». La Cnil annonce même qu'elle prendra une décision d'autorisation unique des dispositifs conformes aux orientations retenues par elle afin de simplifier les formalités pour les entreprises. Mais elle limite dans le document d'information du 10 novembre 2005 à quatre conditions :

- Premièrement, la Cnil limite le champ d'application des procédures d'alerte au domaine comptable, restreint les dénonciations anonymes. Plus précisément, pour être conforme à la loi du 6 janvier 1978, la Cnil propose de restreindre le dispositif d'alerte au domaine comptable, du contrôle des comptes, bancaire et de la lutte contre la corruption. La mise en place de dispositifs d'alerte est en effet acceptable quand elle répond soit à une obligation législative ou réglementaire de droit français visant à l'établissement de procédures de contrôle interne (domaine bancaire par exemple) soit à un intérêt dont la légitimité est bien établie (domaine comptable, contrôle des comptes, mais aussi lutte contre corruption). Ces dispositifs pourront bénéficier de la procédure simplifiée de l'autorisation unique. Dans ce cadre, les autorisations seront acquises sans délai dès que l'entreprise responsable du dispositif aura déclaré se conformer au texte de l'autorisation unique émise par la Cnil. En revanche la Cnil examinera au cas par cas, avant de les autoriser, tous dispositifs dont le champ d'application serait plus large que ceux dont la Cnil a explicitement admis la légitimité. Tel sera notamment le cas de dispositifs à portée générale, visant à la fois le respect des règles légales, du règlement intérieur et des règles internes de conduite professionnelle.
- Deuxièmement, la Cnil refuse d'encourager les dénonciations anonymes. Par principe, les auteurs d'alertes mettant en cause des comportements attribués à des personnes désignées doivent s'identifier. Ce n'est qu'ainsi que leur protection contre des représailles pourra être assurée et que pourront être évités des dérapages vers la délation et la dénonciation calomnieuse. Cependant, l'existence d'alertes anonymes est une réalité qu'il est difficile pour les responsables de l'entreprise de ne pas prendre en compte. Le traitement de telles alertes doit s'entourer de précautions particulières, notamment en ce qui concerne leur diffusion. En tout état de cause, il ne doit pas y avoir d'incitation à l'utilisation anonyme de la procédure.
- Troisièmement, la Cnil impose de mettre en place au sein de l'entreprise une organisation spécifique pour recueillir et traiter les alertes. Le recueil et le traitement des alertes professionnelles doivent être confiés à une organisation spécifique mise en place au sein de l'entreprise concernée pour traiter ces questions. La circulation des informations doit être aussi limitée que possible compte tenu du risque de stigmatisation des personnes concernées.
- Quatrièmement la Cnil institue l'information de la personne « dénoncée » dès que les preuves ont été préservées. La personne visée par une alerte doit être informée dès l'enregistrement de l'alerte afin qu'elle puisse demander à exercer ses droits d'opposition, d'accès et de rectification. Toutefois, cette information ne saurait intervenir avant l'adoption des mesures conservatoires indispensables, notamment pour prévenir la destruction de preuves nécessaires au traitement de l'alerte.

La Cnil estime qu'à ces quatre conditions, une procédure d'alerte dans l'entreprise est à la fois compatible avec les exigences de la loi Sarbanes-Oxley et de la loi française.

Mais un salarié peut-il directement porter à la connaissance du procureur de la République des agissements dont son employeur serait l'auteur et qui, s'ils étaient établis, seraient de nature à caractériser des infractions pénales ? La Cour de cassation reconnaît depuis un arrêt du 12 juillet 2006 au salarié la possibilité de dénoncer des faits dont il a eu connaissance dans l'entreprise tout en l'encadrant afin que cette possibilité ne se transforme pas en une autorisation de délation.

En l'espèce, un moniteur-éducateur d'un établissement pour adultes handicapés mentaux a déposé une plainte auprès du procureur de la République pour dénoncer des actes de maltraitance et de malveillance dont des pensionnaires de l'établissement auraient été les victimes. Se posait alors la question de savoir dans quelle mesure une telle dénonciation peut-elle être qualifiée de faute au regard du droit du travail et fonder un licenciement ? Selon la Cour de cassation, « le fait pour un salarié de

porter à la connaissance du procureur de la République des agissements dont les résidents d'un établissement pour soins, au sein duquel il occupe un emploi de moniteur-éducateur, auraient été les victimes et qui, s'ils étaient établis, seraient de nature à caractériser des infractions pénales, ne constitue pas une faute » (Cass. soc., 12 juillet 2006, n° 1779 F-P+B). D'une part, un salarié peut porter à la connaissance d'une autorité publique des faits qui ont trait à l'entreprise. Le destinataire du signalement peut être l'inspecteur du travail (Cass. soc., 14 mars 2000, Bull. civ. V, n° 104 ; D. 2000. IR. 105 ; Dr. soc. 2000. 555, obs. J. Savatier) ou le parquet. D'autre part, le salarié doit être de bonne foi et révéler des faits qui lui paraissent illicites, peu importe la qualification réalisée ensuite par le juge. À défaut, l'abus de signalement peut engager la responsabilité du salarié. Les juges doivent en effet « rechercher si la dénonciation formulée par le salarié était mensongère ou non, et dans l'affirmative, si le salarié avait agi de mauvaise foi ». Une telle mauvaise foi serait ainsi caractérisée si le salarié, auteur de la dénonciation, savait que les faits dont il accusait son employeur étaient inexacts. En ce cas la dénonciation pourrait être qualifiée de faute grave ou lourde, justifiant un licenciement, voire permettant d'engager sa responsabilité pécuniaire dans les rapports de travail. Elle pourrait aussi être qualifiée de dénonciation calomnieuse, infraction réprimée par l'article 226-10 du Code pénal.

Section 2. Les autorités administratives

L'inspecteur du travail

L'inspecteur contrôle l'application du droit du travail (Code du travail, conventions et accords collectifs) dans tous ses aspects : hygiène et sécurité, fonctionnement des institutions représentatives du personnel (comité d'entreprise, délégués du personnel...), durée du travail, contrat de travail, travail clandestin... ; conseille et informe les employeurs, les salariés et les représentants du personnel sur leurs droits et obligations ; facilite la conciliation amiable entre les parties, notamment lors des conflits collectifs.

L'inspecteur du travail possède également un pouvoir de décision : l'employeur doit, dans certaines situations prévues par le Code du travail, obtenir son autorisation avant d'agir. Tel est le cas, par exemple, en ce qui concerne le licenciement des représentants du personnel, des conseillers prud'hommes, des médecins du travail... certains dispositifs relatifs à la durée du travail (dépassement du contingent d'heures supplémentaires, mise en place d'horaires individualisés en l'absence de représentants du personnel...), le travail des jeunes (dérogations à certaines interdictions), le règlement intérieur.

Pour ce faire, l'inspecteur du travail dispose d'un pouvoir d'investigation qui l'autorise à pénétrer dans l'entreprise et à la visiter, sans avertissement préalable, à mener une enquête, notamment en interrogeant les salariés, en demandant communication de documents, à faire appel à des organismes agréés pour vérifier l'état des locaux et des matériels, à prélever des produits, des matières...

Les constats de l'inspecteur du travail peuvent donner lieu à des observations rappelant les règles en vigueur, à des mises en demeure de se conformer à la réglementation, à des procès-verbaux pour les infractions pénales, à la saisine du juge des référés pour obtenir la suspension d'une activité particulièrement dangereuse ou – dans le secteur de la vente au détail ou et de la prestation de services au consommateur – à la cessation du travail dominical, à une décision d'arrêt d'un chantier en cas de risques graves de chute ou d'ensevelissement, de risques liés à des opérations de confinement et de retrait de l'amiante, à une décision de retrait d'une clause illicite dans le règlement intérieur de l'entreprise... Bien évidemment, transmis par voie hiérarchique au procureur de la République, ils peuvent à la fois être le signalement qui va décider d'une action publique, et la preuve du manquement à une obligation légale pénalement sanctionnée.

Les observations et mises en demeure notifiées par l'inspection du travail et relatives à des questions d'hygiène, de sécurité, de médecine du travail et de prévention des risques doivent être conservées par l'employeur pendant 5 ans. L'inspecteur du travail peut en prendre connaissance à l'occasion de ses visites. Elles doivent, de plus, être communiquées par l'employeur aux membres des CHSCT, aux

délégués du personnel, au médecin du travail et, le cas échéant, aux représentants des organismes professionnels spécialisés (notamment l'OPPBT, Organisme professionnel de prévention du bâtiment et des travaux publics). L'adresse de l'inspection du travail compétente et le nom de l'inspecteur doivent être affichés dans l'entreprise, afin de permettre aux salariés de lui signaler un manquement à la législation du travail.

TRACFIN (Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins).

Tracfin est une cellule rattachée à la direction générale des douanes et droits indirects, créée en 1990.

Elle a pour mission de coordonner le renseignement sur les circuits financiers clandestins, en recueillant, traitant et diffusant les informations, ainsi qu'en recevant et complétant les déclarations de soupçons. Ces « déclarations de soupçons » constituent la clé de voûte du dispositif français antiblanchiment. Les trois quarts des déclarations de soupçon reçues par Tracfin en 2003 ont été émises par le secteur bancaire. Sur 9 007 déclarations de soupçon émises en 2003, 76,6 % proviennent des banques. Et les lois des 11 février 2004 et 9 mars 2004 ont élargi le champ d'application de la déclaration de soupçon à de nouvelles professions tels les avocats, notaires et autres professions juridiques indépendantes, ainsi qu'à de nouveaux domaines autres que le blanchiment, c'est-à-dire les opérations qui pourraient participer au financement du terrorisme. Les intermédiaires financiers et non financiers, lorsqu'ils ont, de bonne foi, déclaré leurs soupçons à Tracfin, bénéficient d'une exonération de responsabilité pénale, civile et professionnelle.

Ce service peut faire opposition à l'exécution de l'opération « déclarée » pendant 12 heures maximum. Le président du tribunal de grande instance de Paris peut proroger ce délai. Il peut demander à tout organisme financier la communication de toutes pièces relatives à une opération, soit pour reconstituer l'ensemble des transactions effectuées par une personne et liées à l'opération suspecte, soit pour renseigner les services étrangers exerçant des compétences analogues. Le secret bancaire n'est donc pas opposable à Tracfin.

Tracfin peut aussi échanger des informations avec la police judiciaire chargée de la répression de la grande délinquance financière, avec les services douaniers et les autorités de contrôle des professions assujetties aux déclarations (commission bancaire, commission de contrôle des assurances...). Depuis la loi NRE, il peut recevoir des administrations de l'État, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, toutes les informations nécessaires à sa mission.

Après enquête, lorsque les soupçons mènent à une présomption de blanchiment, Tracfin saisit le procureur de la République. Il saisit aussi les autorités judiciaires chaque fois que ses investigations mettent en lumière des faits délictueux situés à la périphérie du champ strict de la déclaration de soupçon (fraudes et contrefaçons, escroqueries, corruption, etc.). Les signalements qu'il reçoit ne peuvent pas être utilisés pour d'autres fins que la lutte contre le blanchiment. Ils ne peuvent pas être transmis à d'autres interlocuteurs que ceux cités de façon limitative.

La HALDE

La loi portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, investit notamment celle-ci du traitement des réclamations individuelles dont elle est saisie par les victimes ainsi que des réclamations dont elle se sera saisie d'office (*article 3*). Elle peut demander aux personnes publiques et privées la communication d'informations et de documents et exercer vis-à-vis d'elles un pouvoir d'interpellation et de médiation. L'autorité, qui n'a pas de mission de police judiciaire ni les pouvoirs qui s'y attachent, peut cependant mener des enquêtes auprès des personnes publiques et privées, aux fins de demander des explications, de prendre connaissance de documents ou d'informations (*article 4*), et de procéder à des auditions et vérifications sur place en respectant les droits des personnes privées (*article 7*).

Elle peut également demander le concours des autorités publiques et organismes chargés d'une mission de service public afin qu'ils répondent à toute demande de sa part ou fassent effectuer toute vérification ou enquête par les organismes ou corps de contrôle placés sous leur autorité, avec

obligation pour eux de l'informer des suites données à ces demandes (*article 5*). Elle a également la possibilité de signaler aux autorités ou personnes investies du pouvoir disciplinaire les faits susceptibles d'entraîner des poursuites disciplinaires (*article 13*). À des fins d'efficacité et de promotion de l'égalité, l'autorité favorise la résolution amiable des différends portés à sa connaissance par voie de médiation (*article 6* : « La Haute autorité favorise la résolution amiable des différends portés à sa connaissance, par voie de médiations). Lorsqu'il est procédé à cette médiation, les constatations et les déclarations recueillies au cours de celle-ci ne peuvent être ni produites ni invoquées ultérieurement dans les instances civiles ou administratives, sans l'accord des personnes intéressées. »). Enfin, l'autorité **peut** formuler des recommandations visant à remédier à tout fait ou à toute pratique qu'elle estime être discriminatoire ou à en prévenir le renouvellement. Les autorités ou personnes concernées sont tenues de rendre compte des suites données à ces recommandations qui pourront être rendues publiques (*article 10*). Des dispositions particulières (*articles 8, 11 et 12*) organisent les relations entre l'autorité et les institutions judiciaires : elles précisent le rôle de l'autorité et prévoient la saisine du Parquet des faits de discrimination constitutifs d'une infraction pénale (*article 11* : « Lorsqu'il apparaît à la Haute autorité que les faits portés à sa connaissance sont constitutifs d'un crime ou d'un délit, elle en informe le procureur de la République. Elle lui fait savoir, le cas échéant, qu'une mission de médiation est en cours ou a déjà eu lieu en application des dispositions de l'article 6. Le procureur de la République informe la Haute autorité des suites données à ses transmissions. Si la Haute autorité est saisie de faits donnant lieu à enquête pénale ou pour lesquels une information judiciaire est ouverte ou des poursuites judiciaires ou administratives sont en cours, elle doit recueillir l'accord préalable des juridictions pénales saisies ou du procureur de la République pour la mise en œuvre des dispositions des articles 4 à 8 de la présente loi »). Le traitement des réclamations par l'autorité peut s'appuyer sur l'intervention judiciaire. En cas de refus d'accéder à ses demandes, l'autorité a, après mise en demeure, la possibilité de s'adresser au juge des référés pour lui demander toute mesure utile (*article 8*).

Le service central de prévention de la corruption

L'identification préalable des mécanismes de corruption et la centralisation des informations doit permettre de lutter efficacement contre la corruption en prévenant les infractions. La France possédait déjà un grand nombre de services de contrôle. Le législateur n'a pas souhaité introduire un contrôle supplémentaire mais plutôt répondre à un objectif de centralisation de l'information, afin d'éviter tout fait de corruption. C'est pourquoi la loi n° 93/122 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques a instauré le service central de prévention de la corruption (*articles 14 et 6*), dont les modalités ont été fixées par un décret d'application du 22 février 1993. Le domaine de compétence du SCPC se rapporte aux infractions définies par le Code pénal et par le Code du travail. Sous la direction d'un haut magistrat, ancien procureur de la République, le service est placé auprès du garde des Sceaux (ministre de la Justice) mais n'est pas sous son autorité. Des fonctionnaires représentant différentes administrations (intérieur, tribunaux administratifs, police judiciaire, impôts...) y sont nommés par décret pour quatre ans renouvelables (*article 1^{er}* du décret d'application du 22 février 1993) afin de constituer une cellule d'experts spécialisés, capables d'exploiter systématiquement les renseignements centralisés pour plus d'efficacité dans l'action préventive et répressive. L'article 1^{er}, alinéa 1, de la loi de 1993 dispose : « [*le SCPC doit*] centraliser les informations nécessaires à la détection et à la prévention des faits de corruption active et passive, de trafic d'influence commis par des personnes exerçant une fonction publique ou par des intérêts particuliers, de concussion, de prise illégale d'intérêts ou d'atteinte à la liberté et à l'égalité des candidats dans les marchés publics ». Lorsqu'il recueille des informations qui mettent en évidence des faits de corruption, le SCPC doit saisir le procureur de la République et, dès qu'une information judiciaire est ouverte, il en est automatiquement dessaisi (*art. 2 et 3*). « Il donne sur leur demande aux autorités administratives des avis sur les mesures susceptibles d'être prises pour prévenir » les faits de corruption (*article 1^{er}* de la loi). Les autorités administratives destinataires de ces avis sont énumérées par le décret : responsables territoriaux (maires, présidents de conseils généraux et régionaux et de groupements de collectivités) ; chefs des services administratifs de l'État, des corps de contrôle et des commissions administratives ; dirigeants des organismes privés chargés

d'une mission de service public. Ses avis sont confidentiels et constituent un soutien à la décision. Il aide les autorités judiciaires, sur leur demande, en leur transmettant les informations requises (*article 4*). Son champ d'action : au niveau national, en associant à ses travaux les organismes de contrôle des grandes administrations par le biais de son comité de liaison permanent et de groupes de travail ; au niveau communautaire, directement en contact avec la commission en matière de travaux publics, de corruption. Certains déplorent le fait que le SCPC n'a aucun pouvoir d'investigation (ni pouvoir d'enquête ni droit de communication des documents) dans la mesure où l'absence du droit de communication des documents entrave le déroulement de ses travaux et la connaissance des mécanismes de corruption. L'article 5 de la loi prévoyait ce pouvoir d'investigation mais a été annulé sur décision du Conseil constitutionnel en date du 20 janvier 1993.

Section 3. La police judiciaire

La police judiciaire « est chargée de constater les infractions à la loi pénale, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs tant qu'une information n'est pas ouverte » (art. 14 CPP). Pour ce faire, la police judiciaire est placée sous la direction et le contrôle du procureur de la République.

La police judiciaire comprend d'abord les officiers de police judiciaire dit souvent OPJ dans les termes du Palais. Ces OPJ sont : les maires, leurs adjoints, les officiers, gradés de gendarmerie et les gendarmes sous réserve d'affectation à des tâches de police judiciaire et d'une décision d'habilitation par le procureur général près la cour d'appel, les inspecteurs généraux, les sous-directeurs généraux de police active, les contrôleurs généraux, les commissaires de police, les fonctionnaires du corps des inspecteurs de police nationale désignés, les commandants et officiers de police principale et les officiers de paix de la police nationale qui ont 2 ans de service, les personnes exerçant les fonctions de directeurs et sous-directeurs de la police judiciaire du ministère de l'Intérieur et de gendarmerie. La police judiciaire, c'est ensuite les agents de police judiciaire et les agents de PJ adjoints : gendarmes, inspecteurs de police nationale, les commandants, les officiers de paix, les chefs enquêteurs et les enquêteurs. Il faut que ces personnes aient été affectées à la mission spécifique de police judiciaire. La police judiciaire c'est enfin certains fonctionnaires auxquels la loi a attribué certaines fonctions de police judiciaire, tels les agents de la répression des fraudes.

La police judiciaire peut être amenée à intervenir immédiatement lorsqu'elle constate une infraction en cas de flagrance, menant alors une enquête dite flagrance, ou, plus généralement, à mener une enquête dite préliminaire.

L'enquête préliminaire et l'enquête de flagrance sont donc des enquêtes de police judiciaire qu'il faut bien distinguer de l'enquête d'instruction qui appartient au juge d'instruction et les commissions rogatoires que le juge d'instruction peut dans ce cadre, confier à la police judiciaire.

I. L'enquête de flagrance

La flagrance vise des situations dans lesquelles il convient d'agir vite pour rechercher tous les renseignements utiles à la manifestation de la vérité. Elle intègre, dans la plupart des cas, un critère temporel. La loi (article 53 CPP) prévoit *quatre* situations de flagrance, soit que le crime ou le délit est en train de se commettre, un crime ou le délit vient de se commettre, soit que dans un temps très voisin de l'action, la personne soupçonnée est poursuivie par la clameur publique ou trouvée en possession d'objets ou présente des traces ou indices laissant penser qu'elle a participé au crime ou au délit. Est assimilé au crime ou au délit flagrant, tout crime ou délit qui (même non commis dans les circonstances précédentes) a été commis dans une maison dont le chef requiert le procureur de la République ou un officier de police judiciaire de le constater.

La flagrance justifie les pouvoirs d'enquête accordés par la loi à la police judiciaire. L'enquête de flagrance ne doit donc être confondue ni avec l'enquête préliminaire ni avec l'instruction. L'officier de police judiciaire se transporte sur les lieux sans délai. Il procède à toutes les constatations utiles et

veille à la conservation de tout ce qui peut servir à la manifestation de la vérité tels objets, armes, instruments, indices.

Il peut décider de « la garde-à-vue » de la personne qui a été appréhendée et conduite à lui. La garde-à-vue est le fait pour un officier de police judiciaire de garder une personne à sa disposition. C'est donc une mesure de contrainte, que seule un OPJ peut décider.

Seul le « suspect » peut être gardé à vue, et non le témoin, le suspect étant très largement défini par la loi du 4 mars 2002 comme la personne contre laquelle il existe une ou plusieurs « raisons plausibles de soupçonner » qu'elle a commis ou tenter de commettre une infraction ». La garde-à-vue a une durée initiale de 24 heures au plus. La prolongation de droit commun est de 24 heures au plus, sur autorisation du procureur de la République, après présentation de la garde-à-vue. En certaines matières seulement, telle en matière de terrorisme ou de trafic de stupéfiants, la prolongation peut être portée à 48 heures.

La personne gardée à vue est informée immédiatement, c'est-à-dire dès le placement en garde-à-vue, de ses droits.

Ses droits sont :

- La personne placée en garde-à-vue a droit de faire prévenir, en principe, par téléphone un de ses proches, de demander à tout moment de la garde-à-vue un examen médical.
- Le droit de s'entretenir avec un avocat dès la première heure de garde à vue et dès le début de la prolongation depuis la loi du 16 juin 2000. L'avocat n'a cependant pas accès au dossier.

La loi du 18 mars 2003 a abrogé la référence à l'information du gardé-à-vue du droit de se taire. Le gardé-à-vue bénéficie bien sûr toujours du droit de se taire, mais désormais, il l'ignore.

À l'issue de la garde-à-vue, sur instructions du procureur de la République, la personne est remise en liberté ou déférée devant lui.

L'officier de police judiciaire a le pouvoir de faire :

- des investigations ;
- des perquisitions au domicile de personnes qui ne peuvent s'y opposer, sauf à commettre le délit de rébellion.

Cependant, un droit de l'enquête de flagrance encadre ces pouvoirs : par exemple, les perquisitions ne peuvent s'opérer qu'en présence des personnes soupçonnées ou, à défaut, en présence de deux témoins...

Lorsqu'il y a crime ou délit flagrant, la police judiciaire doit en informer immédiatement le procureur de la République. L'arrivée du procureur sur les lieux du crime ou de délit flagrant opère le dessaisissement de l'officier de police judiciaire.

Le procureur de la République prend alors les mesures suivantes :

- En cas de délit flagrant punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins un an, sans dépasser cinq ans, il fait savoir au prévenu qu'il peut comparaître immédiatement pour être jugé (puisque sa culpabilité semble nettement établie) et lui fait connaître ses droits à cet effet.
- En cas de crime ou de délit nécessitant une instruction, le procureur de la République saisit le juge d'instruction au moyen d'un réquisitoire introductif d'instance.

II. L'enquête préliminaire

L'article 75 du CPP précise que l'enquête préliminaire est réalisée par la police judiciaire soit d'office, soit sur les instructions du procureur de la République. Elle a pour objet la recherche et la réunion de renseignements qui permettront le cas échéant d'engager des poursuites pénales. La loi précise que seuls les officiers de police judiciaire et sous leur contrôle, certains agents de police judiciaire sont compétents pour procéder à une enquête préliminaire. En toutes hypothèses, la police judiciaire doit, dans les meilleurs délais, en informer le procureur de la République.

Les actes de l'enquête préliminaire sont :

- les perquisitions (art. 76 CPP) entre 6 heures et 21 heures (seulement avec l'assentiment exprès de la personne chez laquelle elle est prévue) ; l'OPJ établit un procès-verbal de ses constatations qui doit être signé de la personne qui en a fait l'objet ;
- les saisies de papiers, de documents et objets relatifs aux faits incriminés que la police place sous scellés (art. 76 CPP) ;
- les auditions (art. 78 CPP) ;
- les contrôles d'identité ;
- les constatations matérielles ;
- les examens techniques ou scientifiques sur autorisation du procureur de la République ;
- les gardes à vue de toute personne à l'égard de laquelle il existe des indices faisant présumer qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction (art. 63 à 66 CPP).

À l'issue de l'enquête préliminaire, la police judiciaire remet ses résultats au procureur de la République qui décidera selon le cas :

- de saisir le juge d'instruction ;
- d'exercer les poursuites devant la juridiction de jugement ;
- de ne pas poursuivre.

CHAPITRE 2. LA PROCÉDURE

L'acte de poursuite fait naître le procès pénal. Cet acte de poursuite, traditionnellement, pouvait résulter de l'action publique ou de l'action civile.

L'action publique est exercée par le ministère public pour sanctionner d'une peine un trouble qui est fait à la société. C'est un réquisitoire introductif d'instance ou aux fins d'informer, acte par lequel le procureur requiert le juge d'instruction d'informer. Cela peut aussi être une « citation directe », si l'instruction n'est pas obligatoire, ou exploit d'huissier délivré à la requête du procureur de la République ou de la partie lésée, voire « l'avertissement », simple convocation délivrée par le ministère public, ou encore « la convocation en justice », si le prévenu est détenu, voire la « comparution immédiate », en cas de flagrance. Le procureur décide s'il est opportun de poursuivre ou de classer sans suite. C'est le principe dit de l'opportunité des poursuites. L'action civile est diligentée par la victime, qui dispose d'une action dite civile car son seul but est de permettre à la victime d'obtenir une réparation pécuniaire du préjudice qu'elle a subi lors d'une infraction pénale. Mais la victime peut aussi par cette action mettre en mouvement l'action publique qui n'aurait pas été mise en mouvement par le ministère public ou si le ministère public n'a pas voulu mettre en mouvement l'action publique. Il suffit à la victime pour cela d'agir par voie d'action, c'est-à-dire au moyen d'une plainte avec constitution de partie civile, contre personne dénommée ou contre X, acte écrit adressé au juge d'instruction, qui transmet au procureur de la République. À la suite des réquisitions du parquet, le juge d'instruction décidera s'il est ou non saisi. Par ce moyen, la victime fait échec au principe de l'opportunité des poursuites.

La loi du 9 mars 2004, dite Perben II, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, a opéré une réforme importante de la procédure pénale. D'abord, quant aux demandes (*section 1*), si la loi ne remet pas en cause le principe de l'opportunité des poursuites, elle restreint les effets de classement sans suite en prévoyant la possibilité d'un recours hiérarchique dont l'exercice sera facilité par l'information des intéressés (*section 2*). Ensuite, la loi a multiplié les alternatives à la poursuite pénale ou au procès (*section 3*). Enfin, en cas de décision de poursuite, la loi a profondément modifié la procédure d'instruction (*section 4*).

Section 1. La demande

Il faut distinguer très nettement l'action publique et l'action civile.

L'action publique

D'abord **l'action publique** est exercée par le ministère public pour sanctionner d'une peine un trouble qui est fait à la société.

Le procureur

Plus précisément, l'action publique est confiée au procureur de la République, qui « représente en personne ou par ses substituts le ministère public près le tribunal de grande instance » (CPPP, art. 39). C'est lui seul qui peut donc décider que tel dossier de la procédure que lui a transmis un officier de police judiciaire sera porté à la connaissance d'une juridiction répressive, d'instruction ou de jugement. Cependant, si le procureur est titulaire de ce droit, il ne lui appartient pas, mais à la société elle-même. L'action publique est faite au nom de la société elle-même ! Concrètement, c'est un réquisitoire introductif d'instance ou aux fins d'informer, acte par lequel le procureur requiert le juge d'instruction d'informer. Cela peut aussi être une « citation directe », si l'instruction n'est pas obligatoire, exploit d'huissier délivré à la requête du procureur de la République ou de la partie lésée, voire « l'avertissement », simple convocation délivrée par le ministère public, ou « la convocation en justice », si le prévenu est détenu, voire la « comparution immédiate », en cas de flagrance.

Le procureur est donc le destinataire d'une information qui lui permet d'exercer son droit d'action. En premier lieu, cette information peut être spontanée. La plainte est l'acte par lequel un particulier informe le procureur de la République de la commission d'une infraction dont il est – ou a été – victime, réalisant ainsi son droit de se plaindre auprès de l'autorité compétente. La dénonciation est définie comme l'acte anonyme ou nominatif par lequel un tiers à l'infraction dénonce à l'autorité compétente la commission de cette infraction dont il a été ou non témoin. En second lieu, cette information peut être obligée, tels « toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire » qui, dans l'exercice de ses fonctions, a appris l'existence d'un crime ou d'un délit doit donner un « avis sans délai » au procureur et lui transmettre tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs (CPP, art. 40 al 2.) ; par exemple, les inspections générales des diverses administrations. Les officiers de police judiciaire ont donc l'obligation de recevoir plaintes et dénonciation (CPP, art. 17). De même, le commissaire aux comptes est tenu de révéler au procureur de la République les faits délictueux dont il a eu connaissance dans l'exercice de son contrôle (L. 24 juillet 1966, art. 457).

Les fonctionnaires

La loi a confié l'action publique à certaines administrations pour assurer la répression des infractions aux lois et règlements qui, régissant leur domaine d'activité, portent atteinte aux intérêts dont elles ont la charge. Cette action publique est dite spéciale car elle laisse intact le droit d'action de droit commun que peut toujours exercer le procureur. Cette action est spéciale car, contrairement au procureur, l'administration peut passer avec le prévenu une transaction qui éteint l'action publique, tout au moins pour le délit spécial. Ainsi en est-il en matière de contributions fiscales indirectes ou l'administration des impôts exerce non pas une action civile mais une action publique d'une nature particulière (Cass. crim. 7 décembre 1992, Bull. crim. n° 404). C'est elle qui instruit et défend devant le tribunal correctionnel compétent, le pouvoir de transaction lui étant accordé sous réserve, lorsque l'action publique a été mise en mouvement, l'accord du procureur avant qu'un jugement définitif ne soit rendu (LPF art. 248 et 249).

Les associations

La loi a confié à certaines associations le droit de défendre non seulement les intérêts collectifs dont elles ont la charge, mais aussi la défense d'une parcelle de l'intérêt général, car la loi leur a accordé le droit d'action civile par la voie de l'action, non comme pour les autres associations qui peuvent agir en

défense de leur intérêt, mais afin de leur permettre de déclencher indirectement l'action publique pour certaines infractions limitativement énumérées. Voici pourquoi la loi n'impose nullement dans ces cas la démonstration d'un préjudice direct ou indirect causé par l'infraction poursuivie à l'intérêt dont l'association a la charge, comme l'exigerait logiquement l'action civile des associations. Il suffit à ces associations d'être régulièrement déclarées depuis cinq ans, et d'avoir pour objet de lutter contre les comportements constitutifs de l'une des incriminations que la loi énumère. Dans le cadre des relations de travail, cela est, par exemple, le cas des associations de lutte contre le racisme et la discrimination, pour les infractions de discrimination commises par un particulier ou par une personne dépositaire de l'autorité publique, d'atteintes volontaires à la vie et à l'intégrité des personnes ainsi que les destructions et les dégradations et détériorations commises à l'encontre d'une personne à raison de son origine nationale, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une race ou une religion (CPP, art. 2-1) ; des associations de lutte contre les discriminations commises, à raison du sexe, de la situation de famille ou des mœurs de la victime, par un particulier ou une personne dépositaire de l'autorité publique. L'association peut aussi se constituer partie civile, sous réserve d'avoir obtenu l'accord de la victime, pour les infractions d'atteintes volontaires à la vie ou à l'intégrité de la personne, y compris les menaces, commises à raison du sexe ou des mœurs de la victime (CPP art. 2-6 tel que réformé par la loi du 15 juin 2000).

L'action civile

Ensuite, **l'action civile** est diligentée par la victime, qui dispose d'une action dite civile car son seul but est de permettre à la victime d'obtenir une réparation pécuniaire du préjudice qu'elle a subi lors d'une infraction pénale. La victime met en mouvement l'action publique au moyen d'une plainte avec constitution de partie civile, contre personne dénommée ou contre X, acte écrit adressé au juge d'instruction, qui transmet au procureur de la République. À la suite des réquisitions du parquet, le juge d'instruction décidera s'il est ou non saisi. Rappelons que si le principe est, qu'en matière pénale, la règle soit l'opportunité des poursuites, le parquet pouvant toujours opérer un classement sans suite, l'action civile en indemnisation formée devant le juge pénal permet à la victime de mettre simultanément en mouvement l'action publique. Il faut cependant distinguer la victime pénale au préjudice personnel de la victime pénale au préjudice collectif.

L'article 2 du Code de procédure pénale dispose « l'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention, appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction ». Mais cet article 2 a été complété par des lois spéciales pour élargir le champ de l'action civile.

La victime pénale, au préjudice personnel

Toute personne, physique ou morale, peut faire valoir devant le juge répressif, un préjudice personnel et direct.

Pour les personnes physiques

Le titulaire de l'action est la personne « victime directe » de l'infraction pénale. Mais cette définition souffre d'exceptions. D'abord, certaines actions civiles peuvent être faites sans demande de dommages-intérêts. La Cour de cassation reconnaît ainsi l'action civile d'une victime d'un préjudice causé par une infraction constitutive d'un accident du travail alors même que la loi leur accordant une indemnisation forfaitaire interdisant toute indemnisation par le juge, sauf en cas de faute inexcusable de l'employeur. Cette action est alors accordée « dans le seul intérêt de la manifestation de la vérité » (Cass. crim. 20 oct. 1966 Bull. crim. n° 235). Ensuite la jurisprudence a accordé la qualité de victime pénale à tous les proches de la victime immédiate (conjoint, parents, descendants, collatéraux ou alliés) que celle-ci soit décédée ou non, en exigeant toutefois que le préjudice allégué, qu'ils ont « personnellement souffert », « découle directement des faits objets de la poursuite » (Cass. crim. 9 février 1989, Société Ford France et D. 1989, 614 note Bruneau et somm. 389 Pbs. Pradel). La jurisprudence a admis les associés à exercer le droit d'action civile du chef d'abus de biens sociaux (Cass. crim. 25 nov. 1975, JCP 1976, II, 18476, note Delmas-Marty). Mais ce droit a été en partie

réduit par la Cour de cassation, sur laquelle la chambre criminelle s'est alignée en 2000, avec la jurisprudence commerciale quant à l'intérêt à agir de l'actionnaire qui n'invoque qu'une dépréciation de la valeur de ses titres. Alors qu'avant ce retournement de jurisprudence, elle acceptait les constitutions de partie civile motivées par la minoration de la valeur des actions suite aux détournements (Cass. crim. 23 avril 1964, Bull. crim. n° 127), désormais un préjudice propre à l'actionnaire doit être invoqué (Cass. crim. 12 déc. 2000, Juris-Data n° 2000-008064, RJDA 5/01 n° 597 ; Cass. crim. 13 déc. 2000, Juris-Data n° 2000-008065 ; RJDA 5/01 n° 593). Il faut bien comprendre que, dans ce cas, l'associé recherche l'indemnisation de son préjudice propre et non l'indemnisation du préjudice causé à la société par l'infraction.

Pour les personnes morales

La personne peut subir un préjudice personnel directement causé par une infraction pénale, tel qu'un vol, une escroquerie ou un abus de bien social, mais ce seront les organes sociaux qui exerceront l'action civile au nom de la personne morale (Cass. crim. 27 nov. 1991, Bull. crim. n° 439).

L'actionnaire

Comme l'infraction peut être réalisée par ces mêmes organes sociaux, ce qui en pratique ferait obstacle à la répression, la jurisprudence a admis l'action *ut singuli* de l'associé par voie de constitution de partie civile devant les juridictions répressives. Par cette action, un actionnaire peut agir en réparation du préjudice subi par la société du fait par exemple d'un détournement commis par les dirigeants sociaux. Il peut, même en cas d'intervention du représentant légal à l'instance, formuler des demandes et relever appel au nom de la société (Cass. crim. 12 déc. 2000, Juris-Data n° 2000-008064, RJDA 5/10 n° 597). Mais l'action *ut singuli* au pénal a les mêmes effets qu'au civil : l'indemnisation profite à la personne morale et non à l'actionnaire titulaire de l'action.

Les institutions représentatives du personnel

Ces institutions peuvent se porter partie civile pour des faits délictueux qui leur causent un préjudice direct et personnel. Par exemple, toute entrave au fonctionnement régulier du comité d'entreprise, tel le refus de communiquer les comptes de la société à l'expert-comptable commis à fin d'assistance au comité d'entreprise dans l'examen des comptes annuels, cause nécessairement à celui-ci un préjudice direct dont il est fondé à demander réparation (Cass. crim. 26 mars 1991, Bull. crim. n° 145). Les articles 2 et 3 du Code de procédure pénale s'applique donc strictement aux institutions de représentation. N'ayant pas, comme les syndicats, pour mission de représenter les intérêts généraux de la profession, ils ne peuvent par exemple agir en cas d'infractions aux règles d'hygiène et de sécurité (Cass. crim. 28 mai 1991, Bull. crim. n° 226). Ces comités n'ont pas pouvoir pour agir pour faire sanctionner les infractions de droit pénal des affaires commises par les dirigeants, quant bien même elles seraient des infractions aux comptes sociaux ou si elles leur causent un préjudice réel, solutions très contestable (Voir par exemple Cass. crim. 7 juin 1983 Bull. crim. 172, Rev Sociétés 1984 p. 119 ; Obs. Bouloc : « Infractions à l'article 437-4 de la loi du 24 juillet 1966 : abus de biens sociaux d'un administrateur ; le comité d'entreprise ne peut agir au pénal même si cet abus a des conséquences sur sa subvention » ; Cass ; crim. 4 nov. 1988, Bull. crim. 4 nov. 1988, n° 373, Rev. Sc. crim. 1989, p. 342. Obs A. Lyon-Caen : « Le préjudice issu d'un abus de pouvoir n'est subi que par la société »).

Les tiers subrogés dans les droits de la victime pénale au préjudice personnel

Bien que victimes indirectes, certains tiers ayant versé à la victime pénale une indemnité couvrant totalement ou partiellement le dommage causé par une infraction pénale, bénéficient d'un droit d'action particulier, souvent limité à un droit d'intervention au procès pénal.

Les assureurs

Légalement subrogés dans les droits et actions des assurés contre les tiers auteurs de leurs dommages, (C. ass., art. L. 121-12) les assureurs ont reçu un droit d'action civile limité qui leur permet d'intervenir dans le procès pénal engagé afin de récupérer la créance qu'ils tiennent de leur assuré, victime pénale, à l'encontre de l'auteur du dommage causé par une infraction sans avoir à attendre la

fin de ce procès pour saisir la juridiction civile normalement compétente (CPP art. 388-1). Ils ne peuvent cependant qu'intervenir au procès pénal.

Les caisses de Sécurité sociale

Ces caisses sont elles aussi subrogées dans les droits de victimes quelle que soit la nature de l'événement ayant occasionné le dommage, contre la personne tenue à réparation, et peuvent donc exercer un recours contre le responsable de l'infraction dommageable (CSS art. 376-1 et L. 454-1 pour les accidents du travail causés par la faute d'un tiers). Le droit d'action civile est encadré par une quadruple condition jurisprudentielle : que l'action soit exercée par la voie de l'intervention, devant une juridiction de jugement, dès la première instance et que la victime immédiate soit partie à l'instance, quand bien même elle se serait ensuite désistée ou aurait acquiescé.

L'employeur de la victime

La Cour de cassation a considéré que l'employeur de la victime d'une infraction pénale est recevable à intervenir devant la juridiction pénale pour réclamer au prévenu, par subrogation aux droits de la victime et dans la limite de la part d'indemnité réparant l'atteinte à son intégrité physique, le remboursement des salaires et accessoires du salaire maintenus pendant la période d'inactivité consécutive à l'événement dommageable (Cass. crim. 10 mai 1990, Bull. crim. n° 183).

L'action syndicale de substitution

L'action de substitution est en droit français une exception. Le principe reste exprimé par la règle « nul ne plaide par procureur ». Il faut donc un texte particulier pour qu'un syndicat se substitue à un salarié pour saisir une juridiction (Alain Supiot, *Les juridictions du travail*, Paris, Traité Dalloz, n° 523 et s.). Alors seulement, l'action de substitution permet au syndicat de défendre les intérêts individuels d'un salarié bien que ce salarié n'ait pris l'initiative d'aucune procédure. Le Code du travail prévoit de nombreuses hypothèses : l'article L. 123-6 prévoit l'action tendant à faire respecter l'égalité professionnelle entre hommes et femmes ; les articles L. 123-1 et L. 123-6, l'action visant à assurer la protection des victimes de harcèlement ou d'abus d'autorité en matière sexuelle ; l'article L. 321-15 l'action visant à sauvegarder les droits des travailleurs en cas de licenciement économique ou en cas d'adhésion à une convention de conversion ; l'article L. 127-6 l'action visant à préserver les intérêts des salariés des groupements d'employeurs ; l'article L. 721-19 l'action visant à protéger le statut du travailleur à domicile ; l'article L. 341-6-2 afin de protéger les droits du travailleurs étrangers ; l'article L. 124-20 afin de protéger le travailleur intérimaire ; l'article L. 125-3-1 afin de protéger le salarié victime d'un prêt de main-d'œuvre illicite ; l'article L. 122-3-16 afin de protéger le contrat à durée déterminée.

Ces actions syndicales de substitution peuvent être civiles ou pénales, à l'exception peut-être des actions en matière de harcèlement et discrimination, les articles L. 122-45 et L. 122-53 du Code du travail envoyant aux articles L. 122-45 et L. 122-52 relatifs à l'administration de la preuve hors procès pénal. Un auteur estime que : « Par conséquent, si cette interprétation s'avère exacte, la substitution fondée sur ces faits illicites ne pourra être mise en œuvre que dans les contentieux non répressifs » (Cœuret Fortis, *op. cit.* n° 226, p. 107).

La question controversée est celle de savoir si cette action est une véritable action de représentation. Si, par un arrêt de principe, la Cour de cassation chambre sociale, a répondu par la négative (Cass. soc. 1^{er} février 2000, Servair ; JCP G, 2001, II, 10541, note Jeuland), affirmant que l'action est une action personnelle aux syndicats, elle a cependant rapproché en pratique le régime de cette action des actions par représentation, permettant par exemple qu'un syndicat puisse exercer une action en justice dite de « substitution » sans que le salarié puisse s'y opposer. Dans l'arrêt cité, l'action de substitution est exercée par l'Union locale des syndicats CGT de la zone aéroportuaire de Roissy, afin d'obtenir la requalification en contrats à durée indéterminée des contrats de travail à durée déterminée de plusieurs salariés, la poursuite de la relation contractuelle, et des dommages et intérêts. Les faits de cette affaire sont donc extrêmement représentatifs de l'exercice de cette action en justice très particulière, et de sa réelle importance pratique pour les entreprises. La question de droit qui se posait était celle de la

recevabilité de cette action. D'une part, le syndicat doit-il préciser au salarié l'objet de cette action ? D'autre part, le syndicat doit-il en avoir informé le salarié avant la saisine du conseil des prud'hommes ? Or, l'article qui fonde l'action précise « les organisations syndicales représentatives peuvent exercer en justice toutes actions en application de la présente section en faveur d'un salarié sans avoir à justifier d'un mandat de l'intéressé. Celui-ci doit avoir été averti par lettre recommandée avec accusé de réception et ne pas si être opposé dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle l'organisation syndicale lui a notifié son intention. Le salarié peut toujours intervenir à l'instance engagée par le syndicat et y mettre un terme à tous moments ». L'arrêt précise doublement ces conditions légales de l'action du syndicat. La Cour de cassation précise d'abord le principe selon lequel le salarié doit être informé par le syndicat de l'action de substitution, en exigeant que le syndicat le mentionne dans la lettre d'intention qu'il adresse aux salariés pour les informer de son action. La Cour de cassation a en l'espèce rappelé le texte de l'article L. 122-3-16 et R. 122-1 selon lequel le salarié doit être informé par lettre recommandée avec AR de la nature et de « l'objet » de l'action exercée par le syndicat, affirmant que cette formalité est substantielle. La demande du syndicat est donc déclarée irrecevable.

La Cour de cassation précise ensuite le principe selon lequel le salarié doit être averti dans un certain délai pour pouvoir exercer son droit de s'opposer à l'action. La cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 28 septembre 1998 avait considéré que ce délai devait s'apprécier à partir de la date de la saisine de la juridiction. Le salarié devait donc recevoir la lettre d'intention du syndicat au moins quinze jours avant que ce dernier ne saisisse le juge. La Cour de cassation censure cette solution, estimant que ce délai de 15 jours doit s'apprécier à partir de la date à laquelle le juge se prononce. Il en résulte que l'inobservation du délai de quinze jours ne constitue plus un obstacle à l'introduction de l'instance par un syndicat.

Les conséquences pratiques

L'arrêt de la Cour de cassation nous précise que le salarié n'est plus protégé d'une initiative intempestive du syndicat ! Et ce alors même que la Cour de cassation affirme dans l'arrêt que la lettre d'intention est une formalité substantielle protectrice de la liberté du salarié... Il n'existe donc pas de droit de veto du salarié préalable à l'introduction de la procédure. De fait, la loi a permis cette action sans « mandat de l'intéressé », sauf dans le cas du salarié victime d'un harcèlement sexuel, qui doit donner son accord écrit. Le syndicat peut désormais faire une action en justice, puis avertir le salarié... afin de régulariser l'action. Gageons que le syndicat CGT, à l'origine de cette nouvelle jurisprudence, utilisera cette nouvelle arme dans sa stratégie judiciaire, qu'il mène souvent avec habileté.

La victime pénale au préjudice collectif : les syndicats

Une personne morale peut bien sûr agir pour se faire indemniser un préjudice personnel, mais dans certains cas elle peut être titulaire d'un droit d'action civile pour un préjudice aux intérêts collectifs dont elle a la charge.

La loi du 12 mars 1920 a précisé le droit d'ester en justice des syndicats qui peuvent désormais « devant toutes les juridictions exercer tous les droits réservés à la partie civile, relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent » (C. trav, art. 411-11). La jurisprudence a donc simplement appliqué les conditions de la qualité de victime pénale, en l'adaptant à la particularité du préjudice collectif.

D'abord, la notion de préjudice collectif a été précisée comme étant le préjudice que la loi a voulu éviter en prévoyant l'infraction pénale, c'est-à-dire l'intérêt protégé par la loi. Et cet intérêt est forcément **l'intérêt collectif de la profession** et non l'intérêt individuel de ses membres qui relève des membres du syndicat ni l'intérêt général de la société, qui relève du seul ministère public. Ce préjudice collectif est un préjudice qui peut relever des relations collectives de travail. Ainsi un syndicat a qualité pour exercer l'action civile dans le cas d'entrave au fonctionnement d'un comité d'entreprise dont les attributions portent notamment sur les conditions de travail et de vie du personnel, l'intérêt collectif de la profession étant alors en cause (Cass. crim. 7 oct. 1959, Bull. crim. n° 410). Ce préjudice collectif peut aussi relever des relations individuelles de travail. Ainsi, en cas d'atteintes

involontaires à la vie où à l'intégrité physique d'un salarié dans l'entreprise, la Cour de cassation estime que la sécurité des travailleurs est intéressée, et que donc « les syndicats sont recevables à se constituer partie civile » (Cass. crim. 26 oct. 1967, Bull. crim. n° 274 ; 23 non 1982, Bull. crim. n° 264). Un préjudice à l'intérêt collectif de la profession a ainsi été réalisé en même temps qu'un préjudice personnel propre au salarié victime.

Ensuite, la notion de préjudice direct ou indirect a été précisée. Le caractère « indirect » veut simplement dire que la profession peut être atteinte directement **ou à travers certains de ses membres**. C'est par exemple le cas d'atteintes à la sécurité lors d'homicide ou d'atteinte à l'intégrité physique d'un salarié. Dans certains cas, à défaut d'atteintes aux membres de la profession, il n'y a pas d'atteintes à la profession. Par exemple, lorsque l'action repose sur le délit d'abus de biens sociaux commis, abus de confiance, escroquerie, recel, présentation de comptes inexacts, distribution de dividendes fictifs et trafic d'influence commis par l'employeur, la Cour de cassation estime que le préjudice « à l'intérêt collectif ne se distingue pas du préjudice lui-même indirect qu'auraient pu subir individuellement les salariés de l'entreprise ». Car si les salariés n'avaient pas été admis à agir à défaut de préjudice direct, le syndicat ne peut être admis à agir (Cass. crim. 11 mai 1999, Bull. crim. n° 18). Dans d'autres cas, bien qu'il y ait atteintes aux membres de la profession, il n'y a pas d'atteintes à la profession. Par exemple, en matière de harcèlement sexuel, c'est seulement l'intérêt privé de la victime qui est atteint individuellement par un acte volontaire, bien différent de l'intérêt de la profession représenté par le syndicat (Cass. crim. 23 janvier 2002, Bull. crim. n° 12). Cette solution est très contestable en ce qu'elle correspond à une conception très datée de l'obligation de sécurité qui repose sur l'employeur, qui n'engloberait que la protection du corps et non l'intégrité de la personne au sens plus large. Une actualisation de ces notions ferait rentrer les délits de harcèlement moral et sexuel dans le champ de l'action civile des syndicats.

EXEMPLE

Un arrêt récent de la Cour de cassation, (Crim.11 octobre 2005 n° 05-82.414 n° 5444 F-P+F) relatif à l'action pénale des institutions de représentation et des syndicats à la suite d'effondrement d'une partie d'un terminal de l'aéroport Charles de Gaulle donne une idée du raisonnement tenu par les juges et la portée pratique de celui-ci. D'une part, la Cour précise, quant à l'irrecevabilité de l'action civile jointe à l'action pénale des comités d'entreprise que si les comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail institués par l'art. L. 236-1 C. trav. ont pour mission de contribuer à la protection de la santé et de la sécurité des salariés de l'entreprise ainsi qu'à l'amélioration de leurs conditions de travail, et s'ils sont dotés, dans ce but, d'une faculté d'expression collective pour la défense des intérêts dont ils ont la charge, il n'en demeure pas moins que, pour se constituer partie civile en cours d'instruction, ils doivent justifier de la possibilité d'un préjudice direct et personnel découlant des infractions poursuivies, comme l'exige l'art. 2 C. pr. pén. Et que tel n'est pas le cas s'agissant de délits d'homicides et de blessures involontaires subis par des tiers à cet organisme. D'autre part la Cour précise, quant à la recevabilité de l'action d'un syndicat en cette matière, que les syndicats appelants représentent des salariés dont en l'espèce un certain nombre circulaient dans le cadre de leur activité, dans le terminal de l'aéroport où est survenu l'accident, que l'effondrement du bâtiment démontre que la sécurité des salariés était compromise et qu'ils étaient soumis à un risque grave et anormal. Elle rappelle que les syndicats peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent, et que tel est le cas lorsque la sécurité des travailleurs est compromise, dès lors que les manquements, constitutifs des infractions poursuivies, ont pu compromettre la sécurité des travailleurs et causer ainsi un préjudice aux intérêts collectifs des professions représentées par les syndicats susvisés. L'arrêt précisant ainsi que le préjudice qu'est l'infraction à la sécurité est un préjudice direct ou indirect à l'intérêt de la profession sans qu'il soit nécessaire qu'un des salariés représentés par ces syndicats ait subi un préjudice direct et personnel, car en l'espèce aucun salarié n'avait été atteint dans son intégrité physique.

Section 2. La poursuite

Le législateur a eu la volonté de permettre une réponse judiciaire systématique aux plaintes et dénonciations. À cette fin, la loi, maintient le principe de l'opportunité des poursuites mais l'encadre plus précisément et entend réduire la part des classements sans suite. Selon l'article 40-1 du Code de procédure pénale dans sa nouvelle rédaction, lorsqu'il estime que les faits, portés à sa connaissance par plainte ou dénonciation, « constituent une infraction commise par une personne dont l'identité et le domicile sont connus et pour laquelle aucune disposition légale ne fait obstacle à la mise en mouvement de l'action publique, le procureur de la République territorialement compétent décide s'il est opportun : 1° Soit d'engager des poursuites ; 2° Soit de mettre en œuvre une procédure alternative aux poursuites en application des dispositions des articles 41-1 ou 41-2 ; 3° Soit de classer sans suite la procédure dès lors que les circonstances particulières liées à la commission des faits le justifient ». Ces circonstances sont laissées à la libre appréciation du magistrat. Le classement sans suite, présenté comme le dernier choix offert au procureur de la République, lorsque les faits constituent une infraction dont l'auteur est identifié, donne lieu à une information des intéressés, ainsi qu'à une possibilité de recours hiérarchique.

L'information de la décision du procureur de la République

Tout classement devra désormais donner lieu à une notification motivée. Lorsque sont décidées des poursuites ou des mesures alternatives aux poursuites, celles-ci, sans autre motivation, sont portées à la connaissance des plaignants et des victimes, si elles sont identifiées, ainsi que des autorités constituées, officier public ou fonctionnaire tenus d'informer le procureur des crimes ou délits dont ils ont pu avoir connaissance dans l'exercice de leurs fonctions (art. 40-2, al. 1^{er}, C. proc. pén.). Le classement sans suite sera choisi « dès lors que les circonstances particulières liées à la commission des faits le justifient », les travaux parlementaires donnent comme exemple l'extrême faiblesse du trouble causé à l'ordre public, et la situation spécifique dans laquelle se trouve l'auteur des faits.

Le recours hiérarchique contre la décision de classement sans suite

La loi du 9 mars 2004 a créé le nouvel article 40-3 du Code de procédure pénale qui prévoit qu'un recours hiérarchique est ouvert au profit de « toute personne ayant dénoncé des faits au procureur de la République » ; il ne s'agit donc pas seulement des personnes pouvant se constituer partie civile, mais, bien plus largement, de toute personne ayant signalé l'infraction. Cette extension exprime encore une tendance à la privatisation de l'action publique, heureusement tempérée par le pouvoir du procureur général. Ce dernier, saisi du recours contre la décision de classement sans suite, peut soit enjoindre au procureur de la République d'engager des poursuites par instructions écrites et versées au dossier, soit informer l'intéressé qu'il estime son recours infondé.

La diversité des formes de la poursuite est de plus en plus grande. Ainsi, lorsque l'infraction est une contravention ou un délit non flagrant, l'instruction n'est pas obligatoire. En ce cas, l'acte de poursuite peut être soit l'avertissement soit la citation directe.

L'« avertissement » est un acte écrit qui indique l'infraction poursuivie et le texte qui la réprime. Il opère la saisine du tribunal de police ou du tribunal correctionnel. Il invite la personne citée à comparaître. N'est possible que si la personne comparaît volontairement. Si l'individu ne comparaît pas, le procureur de la République doit alors recourir à la citation directe.

La « citation directe » est un acte écrit qui indique l'infraction poursuivie et le texte qui la réprime, la juridiction, l'heure et le jour de l'audience. Il opère la saisine du tribunal de police ou du tribunal correctionnel. La personne citée doit comparaître devant la juridiction nommée, à la date et à l'heure fixées.

La convocation par « procès-verbal » est une procédure simplifiée, notifiée par un OPJ ou agent de police sur instruction du procureur de la République.

Si l'infraction est un délit flagrant et que l'auteur de l'infraction est d'accord pour être jugé immédiatement, l'action publique prend alors la forme d'une « comparution immédiate » : au moyen d'une notification verbale énonçant les faits et mentionnée sur le procès-verbal les établissant, le procureur de la République informe le prévenu qu'il est traduit sur-le-champ devant le tribunal correctionnel. Il est retenu jusqu'à sa comparution qui doit avoir lieu le jour même, en principe. Si le prévenu ne consent pas à être jugé séance tenante, l'affaire est renvoyée à une prochaine audience.

Si l'instruction est obligatoire, c'est-à-dire en cas de crimes avec ou sans flagrance et certains délits ou lorsque l'instruction est requise par le procureur de la République, l'action publique prend la forme d'un réquisitoire introductif d'instance. C'est un acte écrit adressé au juge d'instruction afin que soit ouverte une information. Il indique les faits et leur qualification, le nom de leur auteur. Si ce dernier est inconnu, il est requis contre X. Il doit être daté.

Si les faits incriminés sont relatifs à une infraction au Code de la route, la loi du 9 septembre 2002 a introduit la « procédure simplifiée » de l'ordonnance pénale : le procureur communique au président du tribunal correctionnel le dossier de poursuite et ses réquisitions. Le président statue alors sans débat préalable par une ordonnance pénale portant relaxe ou condamnation à une amende ainsi que, le cas échéant, à une ou plusieurs des peines complémentaires. Le prévenu peut s'opposer à cette procédure, provoquant ainsi un débat contradictoire et public devant le tribunal correctionnel.

Section 3. Les alternatives au classement sans suite et au jugement

Le ministère public joue dans la procédure pénale un rôle de plus en plus important, en particulier dans de nouvelles voies dont l'existence marque une diversification plus forte de la réponse pénale. Avec la loi Perben II, les magistrats du Parquet, qui sont placés sous l'autorité réaffirmée du ministre de la Justice, se voient octroyer davantage de pouvoirs. Ils deviennent notamment des quasi-juges, avec la légalisation de la médiation pénale, l'élargissement de la composition pénale et l'instauration du plaider-coupable, deux voies procédurales qui font l'économie du passage devant un juge d'instruction ou un tribunal. Ces procédures sont souvent dites « de troisième voie » car elles sont une alternative tant au classement sans suite qu'au traditionnel jugement pénal collégial et public.

I. La médiation pénale

La loi du 23 juin 1999 a introduit un article 41-1 au CPP qui prévoit que le procureur de la République, préalablement à sa décision sur l'action publique, peut décider d'imposer certaines mesures à l'auteur des faits si elles lui paraissent susceptibles d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur. Cette médiation peut intervenir pour toutes les infractions.

Les mesures peuvent être :

- un rappel à la loi, dit parfois « admonestation paternelle » ;
- l'orientation vers une structure sanitaire, sociale ou professionnelle, pour y accomplir une formation, un stage par exemple de citoyenneté ou de sensibilisation à la violence routière ;
- la régularisation, par exemple, pour l'auteur d'une construction irrégulière, la destruction de l'édifice ou l'obtention d'un permis ;
- la réparation du dommage ;
- une médiation entre l'auteur des faits et la victime.

En cas de réussite de la médiation, un procès-verbal est dressé, signé par le procureur et les parties. Si l'auteur des faits s'est engagé à verser des dommages-intérêts à la victime, celle-ci peut en demander le recouvrement selon la procédure d'injonction de payer, définie par le Nouveau Code de procédure civile, le procès-verbal étant assimilé à un titre exécutoire.

En cas de non-exécution d'une de ces mesures de médiation, la loi du 9 mars 2004 a précisé que le procureur « met en œuvre une composition pénale ou engage les poursuites ».

II. La composition pénale

Introduite en droit français par une loi du 23 juin 1999, la composition pénale est une forme de transaction qui repose sur l'aveu. Cette procédure permet de décider des mesures telles que la remise d'une chose, de permis de conduire ou de chasser, l'exécution d'un travail non rémunéré et surtout le paiement d'une amende de composition.

La mesure, proposée par le procureur et acceptée par l'intéressé, doit être validée par un juge du siège dont la décision n'est pas susceptible de recours. L'audition de l'auteur des faits et de la victime, assistés, le cas échéant, de leur avocat, est facultative, depuis une loi du 9 septembre 2002 qui a affecté ainsi le caractère contradictoire de la procédure. Cette même loi qui a aussi mis fin à l'interdiction de proposer cette mesure à une personne mise en garde à vue ne rétablit pas ces garanties.

La loi du 9 mars 2004 a généralisé la composition pénale, car désormais le procureur peut proposer une composition pénale à toute personne physique qui reconnaît avoir commis un ou plusieurs délits punis à titre de peine principale d'une peine d'amende ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans, ainsi que, le cas échéant, une ou plusieurs contraventions connexes (art. 41-2, al. 1^{er}, Code procédure pénale). La procédure de composition pénale est également applicable aux contraventions (art. 41-3) (95). Seuls demeurent hors de cette procédure : les mineurs de dix-huit ans, les délits de presse, d'homicides involontaires ou politiques.

Les « mesures » selon les termes de la loi et non les peines, qui peuvent être proposées par le procureur sont de plus en plus nombreuses (*voir supra, le stage de citoyenneté*). Les limites de l'amende de composition sont abolies, le maximum de cette amende est donc celui normalement encouru pour l'infraction en question.

Si la procédure échoue, soit parce que la personne n'accepte pas la composition pénale ou si, après avoir donné son accord, elle n'exécute pas intégralement les mesures décidées, le procureur de la République met en mouvement l'action publique, sauf élément nouveau. En cas de poursuites et de condamnation, il est tenu compte, s'il y a lieu, du travail déjà accompli et des sommes déjà versées.

La victime, voit sa situation améliorée. Tout d'abord, elle peut, alors même que la réussite de la composition a éteint l'action publique, délivrer citation directe devant le tribunal correctionnel ne statuant que sur les seuls intérêts civils. La loi nouvelle prévoit que le tribunal sera composé d'un seul magistrat exerçant les pouvoirs conférés au président.

Il semble que trois types d'affaires sont principalement orientées vers cette procédure : les infractions au Code de la route, les « petites » atteintes aux personnes et aux biens ainsi que l'usage de stupéfiants et, enfin, les infractions au droit du travail et à la consommation.

Pour une présentation de la mise en œuvre concrète de cette procédure par les juridictions, V. AJ pénal 2005. 433, note J. Danet (La CRPC : du modèle législatif aux pratiques... et des pratiques vers quel(s) modèle(s) ?) et AJ pénal 2005. 433, note F. Molins (Contribution pour un premier bilan de la CRPC dans une grosse juridiction).

III. La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC)

Ce « plaider-coupable » est une procédure qui va couvrir la même gamme de délits, mais elle est aussi ouverte aux personnes morales, et le procureur peut proposer des peines, y compris de la prison (jusqu'à un an).

Cette procédure suit trois étapes :

- **Premièrement** : La proposition de mettre en mouvement l'action publique suivant procédure émane du procureur de la République qui intervient au terme de la garde à vue ou de l'enquête, lorsque la personne lui est déférée. L'intéressé doit avoir obligatoirement reconnu les faits qui lui

sont reprochés au cours de l'enquête, c'est-à-dire avant son entretien avec le procureur. Le procureur propose une peine à l'auteur des faits. La présence de l'avocat est obligatoire.

- **Deuxièmement** : L'acceptation par l'auteur de l'infraction, soit immédiatement, soit au terme d'un délai de dix jours. L'auteur des faits, pendant ce délai, peut être mis sous contrôle judiciaire ou en détention provisoire, par le juge des libertés. Si la proposition est refusée, le procureur renvoie devant le tribunal correctionnel. S'il accepte, l'auteur des faits est présenté devant le président du tribunal de grande instance pour que la peine soit homologuée.
- **Troisièmement** : L'accord doit être homologué en audience publique par un juge. La décision d'homologation s'analyse en une décision juridictionnelle, donc susceptible d'appel, devant des juges cette fois. Ce n'est qu'au stade de l'homologation que la victime de l'infraction peut se porter partie civile, le président statuant sur la demande.

IV. *La transaction*

Convention entre l'administration et le contribuable intervenant dans le cadre d'un recours gracieux et qui porte atténuation des amendes fiscales et des majorations lorsque celles-ci et, le cas échéant, les impositions principales ne sont pas définitives.

Doc. adm. 13 S 232.

1421. Pénalités exclues des transactions. Les intérêts de retard et les amendes prononcées par les tribunaux correctionnels ne peuvent faire l'objet d'une transaction.

Sont également exclues notamment :

- les amendes et pénalités afférentes à une imposition qui a donné lieu au dépôt d'une plainte de l'administration pour fraude fiscale ;
- les pénalités de taxation d'office encourues en matière de taxes sur le chiffre d'affaires et d'impôts directs.

1422. Décision de l'administration. Le contribuable dispose d'un délai franc de trente jours à compter de la date de réception du projet de transaction, pour faire connaître son acceptation ou notifier son refus :

- en cas d'acceptation, la transaction est conclue et il en est donné avis à l'intéressé ;
- en cas de refus, la demande de transaction est rejetée et l'intéressé en est informé. Dans ce cas, si le redevable porte ultérieurement le litige devant le tribunal administratif, celui-ci fixe le taux des majorations ou pénalités en même temps que la base de l'impôt.

Lorsqu'elle est définitive, c'est-à-dire lorsqu'elle est exécutée après avoir été approuvée par l'administration, la transaction fait obstacle à toute introduction ou reprise d'une procédure contentieuse, tant en ce qui concerne les droits en principal que les pénalités. L'inexécution de la transaction par le redevable conduit à déclarer celle-ci caduque et à poursuivre le recouvrement de l'intégralité des sommes légalement exigibles.

CGI, LPF, art. L. 251 et R 247-3*

Section 4. L'instruction

Désormais seulement cinq pour cent des affaires pénales font l'objet d'une instruction. Ces affaires sont les plus complexes, et celles dont on parle le plus. L'instruction est profondément remaniée par la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

Il existe deux catégories de suspects lors de l'instruction : le mis en examen, véritable personne poursuivie, et le témoin assisté, sorte de témoin bénéficiant de droits de la défense.

Un véritable statut du suspect est en cours d'élaboration. Ainsi, « le juge d'instruction ne peut mettre en examen que les personnes à l'encontre desquelles il existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblables qu'elles aient pu participer, comme auteur ou complice, à la commission des

infractions dont il est saisi » (art. 80-1 CPPP). Puisque la personne mise en examen est présumée innocente, elle doit en principe rester libre, et c'est seulement exceptionnellement que le juge d'instruction peut demander au juge des libertés le placement en détention provisoire. L'instruction relève ainsi de la compétence de deux juges, le juge d'instruction et le juge des libertés.

I. Le juge d'instruction

Le juge d'instruction « procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité » (art. 81 du CPP). Pour ce faire, il a recours personnellement à des actes les plus divers, mais a le plus souvent recours à des délégations, telles des commissions rogatoires aux officiers de police judiciaire ou des actes d'expertise judiciaire.

On distingue généralement au sein des actes du juge d'instruction les mandats et les ordonnances.

Les mandats du juge d'instruction sont des ordres écrits :

- Le mandat de comparution est l'acte par lequel le juge d'instruction met en demeure la personne à laquelle il est adressé, de se présenter devant lui à la date, heure et jour indiqués.
- Le mandat d'amener est l'ordre donné par le juge d'instruction à la force publique de conduire, immédiatement, devant lui, la personne à l'encontre de laquelle il est décerné. Le juge l'interroge aussitôt. À défaut, elle est conduite à la maison d'arrêt où elle ne peut être détenue plus de 24 heures.
- Le mandat d'arrêt est l'ordre donné à la force publique de rechercher la personne désignée dans l'acte et de la conduire à la maison d'arrêt indiquée où elle y sera reçue et détenue.
- Le mandat de dépôt est l'ordre donné par le juge d'instruction au directeur de l'établissement pénitentiaire de recevoir et détenir la personne qu'il désigne. Avec la loi du 15 janvier 2000 et la création du juge des libertés, le juge d'instruction a perdu le pouvoir de délivrer des mandats de dépôt.

Les ordonnances du juge d'instruction sont plus nombreuses :

- L'ordonnance de refus d'informer intervient lorsque l'action publique est éteinte ou l'infraction n'est pas constituée.
- L'ordonnance d'incompétence constate une incompétence d'attribution ou incompétence territoriale.
- Ordonnance d'irrecevabilité : La plainte est irrecevable sur la forme ou sur le fond : faits prescrits par exemple.
- Ordonnance de soit-communiqué : Elle est adressée au procureur de la République. Le juge lui fait savoir que l'instruction est close.
- Ordonnance de règlement ou de clôture. Elle marque la fin de l'information et dessaisit le juge. Il s'agit, selon le cas, de l'une des ordonnances suivantes.
- Ordonnance de non-lieu : Elle est rendue lorsque le JI estime que les charges sont insuffisantes ou que l'infraction n'est pas constituée. La décision du JI a pour effet d'éteindre l'action publique et de mettre fin au contrôle judiciaire et à la détention provisoire.
- Ordonnance de renvoi : Elle est utilisée en matière de contravention et de délit lorsque le JI considère que les charges sont suffisantes. Selon la qualification des faits, il renvoie devant le tribunal de police ou le tribunal correctionnel la personne visée afin qu'elle soit jugée.
- Ordonnance de transmission au procureur général : en matière de crime, le juge d'instruction transmet le dossier au procureur général, afin que ce dernier saisisse la chambre d'accusation.

II. Le juge des libertés et de la détention

La loi du 16 juin 2000 confie au juge des libertés et de la détention, institué à cet effet, le pouvoir d'ordonner le placement en détention provisoire d'une personne ou la mise sous contrôle judiciaire, depuis le 1^{er} janvier 2001. Les demandes de mises en liberté lui sont soumises. Ses prérogatives dans

certains domaines, notamment en matière de comparution immédiate, terrorisme, trafic de stupéfiants, sont entrées en vigueur le 16 juin 2002. Le juge des libertés et de la détention est désigné par le président du TGI et bénéficie d'un statut analogue à celui du juge d'instruction.

La loi du 16 juin 2000, entrant en application, a donné au juge des libertés et de la détention des pouvoirs qui étaient jusqu'alors confiés au juge d'instruction.

L'ordonnance de placement en détention provisoire

Il s'agit d'une mesure entraînant l'incarcération de la personne qu'elle vise, alors qu'elle n'a pas encore été jugée. Elle ne peut être ordonnée qu'en cas de crime ou délit pour lequel la peine encourue est au moins égale à 3 ans d'emprisonnement depuis le 1^{er} janvier 2001 (un an en cas de délit flagrant) et lorsqu'elle est l'unique moyen de conserver les preuves ou lorsqu'elle est nécessaire pour préserver la personne ou l'ordre public.

Durée de la détention

Elle est en principe de 4 mois au plus en matière correctionnelle mais elle peut être renouvelée selon les cas jusqu'à une durée maximale de 6 mois, 1 an ou 2 ans. Pour les crimes, elle est de 2 ans lorsque la peine encourue est inférieure à 20 ans de réclusion criminelle ; 3 ans dans les autres cas. Une demande de mise en liberté est possible sous conditions.

L'ordonnance de mise sous contrôle judiciaire

Cette mesure permet de ne pas incarcérer la personne visée et de la laisser en liberté en lui imposant des obligations choisies sur liste légale : limiter sa liberté de déplacement, répondre aux convocations du juge, s'abstenir de voir certaines personnes, se soumettre à des soins et traitements telle la désintoxication, fournir un cautionnement... Elle s'applique aux personnes qui encourent une peine d'emprisonnement correctionnel ou une peine criminelle.

Section 5. La qualification des faits par le juge

Une juridiction ne peut condamner une personne que si le comportement de celle-ci correspond à celui que la loi pénale réprime d'une sanction. L'infraction n'est en effet constituée que si, outre l'élément légal, elle contient un élément matériel, c'est-à-dire un acte matériel et non une simple pensée ! Cet élément factuel relève du pouvoir de qualification du juge. La qualification est donc l'opération intellectuelle de comparaison des faits commis par une personne (*section 1*) avec ceux que la loi pénale réprime (*section 2*).

I. Le juge ne qualifie que les faits dont il est saisi : saisine « in rem »

Les titulaires du pouvoir de qualifier les faits sont strictement déterminés par la loi. D'abord, lors de la phase d'instruction, la police n'a pas ce pouvoir. Elle peut seulement constater les faits, sans les traduire en catégories juridiques. La victime est titulaire du pouvoir de qualifier lorsqu'elle est à l'origine de l'action publique, par citation directe ou constitution de partie civile. Le pouvoir de qualifier appartient cependant naturellement au parquet, et spécialement au procureur de la République. Techniquement, cette qualification résulte de l'acte de poursuite, qui défère devant le juge l'auteur prétendu de l'infraction. Cet acte doit donc viser précisément le texte qui fonde la poursuite et fixe la peine encourue. C'est ce que l'on désigne, en un sens restreint par le mot de « qualification », selon la terminologie du Palais (de justice). La qualification est alors le « visa » du texte incriminateur. Ensuite, lors de la phase de jugement, le pouvoir de qualifier appartient à la juridiction de jugement.

Or, l'avancement de la procédure pénale entraîne souvent la découverte d'éléments nouveaux qui peuvent justifier la modification de la qualification initiale. Voici pourquoi la qualification donnée aux faits par la victime ou le parquet au début de la procédure peut être modifiée. Si les juridictions

répressives ne peuvent légalement statuer que sur les faits relevés par l'acte de saisine, en revanche, elles ne sont pas tenues par la qualification qui leur est donnée. Au contraire, elles ont le devoir de requalifier les faits dont elles sont saisies, s'il leur apparaît que la qualification sous laquelle ils leur sont soumis est impropre.

Il est possible qu'un fait matériel soit qualifié de vol (311-1) par le procureur de la République lors du lancement des poursuites, puis d'escroquerie (313-1) par le juge d'instruction et enfin d'abus de confiance (314-1) par la juridiction de jugement (Cass. crim. 18 janvier 1972, BC n° 24). On dit, pour expliquer cette possibilité de changement de qualification que toutes les juridictions d'instruction et de jugement sont saisies *in rem*, c'est-à-dire du seul fait matériel et non de sa qualification. Les juges doivent donc rechercher quelle qualification juridique il convient de donner à ces faits. La Cour européenne des droits de l'homme exige cependant que le juge qui procède à une requalification sollicite les observations des parties afin que celles-ci puissent présenter une défense adaptée à la nouvelle qualification (CEDH, 25 mars 1999, P...et S... c/France, D. 2000 p. 357, note D. Roets). Mais la procédure peut être affectée plus gravement encore par un changement de qualification si celui-ci rend la juridiction saisie incompétente. Une contravention poursuivie devant le tribunal de police peut être requalifiée en délit, ou un délit requalifié en crime... Ces requalifications entraînent le dessaisissement de la juridiction initialement saisie. Seule la requalification d'un crime en délit ne dessaisit pas la Cour d'assises, en raison de sa plénitude de juridiction.

Il faut au surplus distinguer entre les diverses sortes de requalification. Dans certains cas, cette opération n'emporte aucune adjonction de faits nouveaux. Dans d'autres, elle implique une vision différente du dossier et la prise en considération de faits qui n'étaient pas retenus pour la première qualification. Une situation intermédiaire peut aussi se trouver : celle qui voit, pour requalifier, prendre en considération non des faits distincts de ceux initialement retenus, mais des circonstances, tel l'état de récidive. Enfin, la requalification peut emporter une vision entièrement nouvelle du dossier et conduire à substituer aux faits de la prévention des faits qui en sont véritablement distincts. Lorsque, maintenant, la requalification emporte extension de la saisine à des faits, circonstances ou éléments non compris dans la prévention, le juge répressif n'est pas tenu d'y procéder (Cass. crim., 26 avril 1994 ; Gaz. Pal. 1994, 2, somm. p. 418).

Le principe de la saisine *in rem* a aussi pour conséquence que le juge est uniquement saisi des faits expressément indiqués dans l'acte qui déclenche les poursuites. Un juge d'instruction par exemple, ne peut étendre sa saisine à d'autres faits que ceux-ci sans se prévaloir d'un réquisitoire supplétif. En revanche, il peut étendre les poursuites à toutes personnes qui sont susceptibles d'avoir participé aux faits. Le juge d'instruction n'est jamais saisi *in personam* dit-on, quand bien même le réquisitoire introductif ou la plainte avec constitution de partie civile désignerait nommément une personne.

EXEMPLE

Un arrêt du 24 novembre 1998 est exemplaire de l'importance de cette question (Cass. crim., 24 novembre 1998 ; Dr. pénal 1999, n° 30, [3^e arrêt] ; Juris-Data n° 005080). En l'espèce, un rapport de l'inspecteur du travail relatif à un accident du travail dont avait été victime une travailleuse intérimaire avait été transmis au parquet. Ce rapport analysait les causes probables de l'accident et soulignait en outre que l'emploi de certains travailleurs était lui-même irrégulier. Il décrivait donc deux catégories d'infraction distinctes : les blessures involontaires et la méconnaissance des règles de sécurité du travail, d'une part, et des emplois irréguliers pouvant caractériser le délit de marchandage d'autre part. Au vu de ce rapport, le procureur de la République avait ouvert une information mais des chefs seulement de blessures involontaires et d'infraction à l'article L. 233-5-1 du Code du travail. Il n'avait donc pas inclus dans la saisine du juge les faits pouvant être constitutifs de marchandage. En l'espèce, la saisine était donc claire. Les investigations effectuées par le juge d'instruction sur les faits constitutifs de marchandage ne pouvaient donc en aucun cas être validées puisque effectuées hors saisine, elles étaient, en outre, coercitives.

Quand il découvre des faits nouveaux à l'occasion de l'information portant sur ceux dont il est saisi, le magistrat instructeur a, en application de l'article 80, alinéa 3, du Code de procédure pénale, l'obligation de communiquer « immédiatement » au procureur de la République « les plaintes ou les

procès-verbaux qui les constatent ». La chambre criminelle admet cependant que cette immédiateté ne lui interdit pas de procéder préalablement à certains actes, mais ceux-ci ne doivent être que des « vérifications sommaires ». La plupart du temps, les faits nouveaux découverts par les juges d'instruction le sont à l'occasion de l'exécution d'actes d'instruction – notamment de perquisitions ou de saisies (*par exemple* : Cass. crim., 17 mai 1994 ; Bull. crim., n° 186) ou d'auditions (*par exemple* : Cass. crim., 11 juillet 1994 ; Dr. pénal 1994, n° 246).

L'arrêt du 6 février 1994 qui a énoncé le principe reconnaissant certains pouvoirs, hors saisine, au juge d'instruction, en a aussi précisé trois limites : il faut qu'il y ait urgence, que les vérifications effectuées aient pour objet de permettre au procureur d'apprécier la nécessité de saisir le juge d'instruction de ces faits nouveaux et que, sommaires, elles ne présentent pas de caractère coercitif. Il est vrai que la chambre criminelle de la Cour de cassation se montre compréhensive sur cette notion de faits nouveaux (Cass. crim., 16 septembre 1992 ; Dr. pénal 1993, chron. 37, Lesclous et Marsat).

II. Le juge peut réaliser plusieurs qualifications des faits : le concours d'infractions

La pluralité de qualification peut survenir dans deux cas très différents : le concours réel et le concours idéal.

Il y a concours réel d'infractions lorsque « une infraction est commise par une personne avant que celle-ci ait été définitivement condamnée pour une autre infraction » (132-2). Il s'agit d'une cascade d'infractions.

Par exemple, un dirigeant de société commet une escroquerie. Une instruction est ouverte. Avant le jugement, le dirigeant commet une nouvelle escroquerie.

Il y a concours idéal ou cumul de qualifications lorsqu'un même acte a constitué plusieurs infractions : en ce cas, un « fait matériel peut être réprimé par l'application de deux ou plusieurs textes » (J.-H. Robert, *Droit pénal général*, PUF, coll. Themis, 4^e éd., p. 275). Par exemple, un dirigeant emprunte la voiture de la société pour partir en vacances, et tue un piéton. Il commet ainsi un abus de biens sociaux et un homicide par imprudence.

Dans les deux cas, y aura-t-il cumul d'infractions et donc cumul des peines comme aux États-Unis, où un individu qui aura commis cinq crimes pourrait être condamné à cent ans de réclusion ; ou au contraire confusion des peines, c'est-à-dire non cumul des infractions de différentes incriminations ? Le droit français instaure un système mixte, identique pour le cumul réel ou le cumul idéal : en résumé, en cas de pluralité d'infractions en concours, chacune des peines encourues peut être prononcée, mais en cas de poursuite unique, il ne peut être prononcé qu'une seule peine de même nature, dans la limite du maximum légal le plus élevé. Par exemple en cas de concours d'un abus de confiance (3 ans d'emprisonnement) et d'une escroquerie (5 ans d'emprisonnement), chacune de ces infractions étant de même nature (délit) la sanction est plafonnée à 5 ans, pour les deux infractions.

Article 132-2

« Il y a concours d'infractions lorsqu'une infraction est commise par une personne avant que celle-ci ait été définitivement condamnée pour une autre infraction. »

Article 132-3

« Lorsque, à l'occasion d'une même procédure, la personne poursuivie est reconnue coupable de plusieurs infractions en concours, chacune des peines encourues peut être prononcée. Toutefois, lorsque plusieurs peines de même nature sont encourues, il ne peut être prononcé qu'une seule peine de cette nature dans la limite du maximum légal le plus élevé.

Chaque peine prononcée est réputée commune aux infractions en concours dans la limite du maximum légal applicable à chacune d'entre elles ».

Article 132-4

« Lorsque, à l'occasion de procédures séparées, la personne poursuivie a été reconnue coupable de plusieurs infractions en concours, les peines prononcées s'exécutent cumulativement dans la limite du maximum légal le plus élevé. Toutefois, la confusion totale ou partielle des peines de même nature peut être ordonnée soit par la dernière juridiction appelée à statuer, soit dans les conditions prévues par le Code de procédure pénale. »

En cas de pluralité de poursuites, le cumul des peines est donc possible. La jurisprudence a cependant forgé une notion particulière pour régler la question de l'éventuelle confusion en cas du concours idéal. Pour la Cour de cassation, la question de savoir si le prévenu peut être poursuivi et condamné plusieurs fois pour un acte matériel unique dépend des textes en concours : si ces textes tendent à protéger « les mêmes intérêts », il n'y aura pas cumul, et s'ils tendent à protéger des intérêts différents, ces textes peuvent se cumuler.

EXEMPLES

Les propos tenus par Jean-Marie Le Pen selon lesquels « les chambres à gaz sont un détail de l'histoire de la Seconde Guerre mondiale » avaient fait l'objet de poursuites à l'initiative du parquet du chef de contestation de crimes contre l'humanité, délit prévu par l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. Ces mêmes propos (faits) ont ensuite suscité une plainte avec constitution de partie civile de la part de l'Union nationale des déportés, internés et victimes de guerre sous la qualification d'apologie de crimes contre l'humanité (L. 29 juillet 1881, art. 24, al. 3). La chambre d'accusation jugea qu'il n'y avait lieu à informer sur cette plainte et, par arrêt du 26 avril 2000 (Bull. crim., n° 167 ; Dr. pénal 2000, n° 114 ; JCP G 2000, IV, 2461 ; Juris-Data n° 001816), la chambre criminelle de la Cour de cassation confirma cette solution, approuvant les juges du fond qui ont considéré que les deux qualifications en concours à l'occasion d'un même fait « procédant du même esprit, de la défense des mêmes valeurs » ne pouvaient recevoir une application simultanée. En revanche, par deux arrêts de la cour d'appel de Paris en date du 16 décembre 1998, R. G. a été condamné pour diffamation à caractère racial, ethnique et religieux et pour contestation de crimes contre l'humanité en raison de divers propos tenus dans un même livre (Dr. pénal janvier 2001, n° 4). La Cour de cassation rejeta les pourvois dirigés contre les arrêts ayant prononcé une double condamnation, affirmant que « les intérêts protégés par cette incrimination (diffamation à caractère racial) et ceux protégés par celle de contestation de crimes contre l'humanité » sont d'une nature différente. L'accusation de lobbying pratiqué par Israël et « de nature à mettre en péril l'unité du monde » et la paix ne pouvait se confondre avec la contestation des crimes commis par les nazis à l'encontre des juifs.

CHAPITRE 3. LES SANCTIONS

La sanction est la réaction de l'autorité publique à la violation d'une règle légale, la répression par l'État. « Pas d'infraction, pas de peine sans texte » : le principe de légalité ne concerne pas seulement la définition des faits sanctionnables, mais aussi les peines applicables. C'est donc à l'intérieur d'un cadre législatif strict que le juge peut déterminer la peine applicable. La loi pénale répartit les infractions pénales en « crimes, délits et contraventions » (111-1 NCPP) suivant la gravité de leur sanction : les contraventions, lorsque le fait est punissable d'une amende n'excédant pas 10 000 F ; les délits correctionnels lorsque la peine encourue est une amende supérieure à 10 000 F ou une peine d'emprisonnement inférieure à 10 ans. Les crimes sont les infractions les plus graves, punissables d'une peine de réclusion d'au moins 10 ans. Cependant, cette classification masque la réalité des peines qui s'appliquent concrètement dans l'entreprise. D'abord parce que l'emprisonnement apparaît comme la peine principale, alors que, par exemple dans l'entreprise, au sein des sanctions traditionnelles que sont emprisonnement et amendes, les peines pécuniaires sont le plus souvent prononcées au détriment des sanctions privatives de liberté. Ensuite parce que des peines alternatives à

l'emprisonnement ou même à l'amende se multiplient. Enfin parce que dans le prononcé de la peine, le juge dispose d'un pouvoir de plus en plus grand d'individualisation de la sanction.

Ainsi, par exemple, depuis le 1^{er} octobre 2004, le stage de citoyenneté constitue une nouvelle sanction pénale applicable aux mineurs de 13 à 18 ans ainsi qu'aux majeurs auteurs d'infractions. Ce stage est notamment une alternative à la peine d'emprisonnement. Cette peine peut être prononcée par un tribunal pour éviter au prévenu la prison ou comme accompagnement d'une peine prononcée avec un sursis. Instauré par la loi du 9 mars 2004 « portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », ce stage a pour objectif de sensibiliser le condamné aux « valeurs républicaines de tolérance », notamment en cas d'infractions à caractère raciste. D'une durée maximale d'un mois, le stage est composé de modules de formation ne pouvant excéder six heures par jour. Si le condamné ne respecte pas les obligations résultant du stage de citoyenneté, il est passible de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. (Décret n° 2004-1021 du 27 septembre 2004 relatif au stage de citoyenneté)

La loi elle-même a donc donné au juge un large pouvoir d'adaptation de la sanction à la personnalité du délinquant. En raison de ce principe d'individualisation de la peine, le juge détermine d'abord la peine encourue par le délinquant du fait de la loi en cas de « culpabilité » (Section 1 - La détermination de la peine encourue par la loi) puis celle qu'il doit subir en raison de sa personnalité (Section 2 - La détermination de la peine prononcée par le juge).

Section 1. Les peines prévues par la loi

La loi pénale prévoit à la fois un grand éventail de peines, et détermine précisément quelles sont, en leur sein, les peines applicables à telle ou telle incrimination. Déterminer si une personne a commis une infraction a donc pour effet automatique de déterminer quelle peine lui est applicable. Nous retiendrons seulement trois types de peines parmi les plus souvent utilisées par la loi pénale.

I. *Les peines privatives ou restrictives de liberté*

A. La peine d'emprisonnement

L'article 131-1 du Code pénal dispose que « Les peines criminelles encourues par les personnes physiques sont :

1. la réclusion criminelle ou la détention criminelle à perpétuité ;
2. la réclusion criminelle ou la détention criminelle de trente ans au plus ;
3. la réclusion criminelle ou la détention criminelle de vingt ans au plus ;
4. la réclusion criminelle ou la détention criminelle de quinze ans au plus.

La durée de la réclusion criminelle ou de la détention criminelle à temps est de dix ans au moins ».

La réclusion criminelle n'est plus jamais encourue par les délinquants d'affaires, le Code pénal ayant correctionnalisé de nombreux crimes, ce qui a pour conséquence que l'emprisonnement de 10 ans maximum est désormais la peine maximale de l'emprisonnement correctionnel en matière d'affaires. L'emprisonnement peut être prononcé pour le travail dissimulé (L. 362 du C. trav.), l'emploi irrégulier d'étranger (L. 364-3 du C. trav.), le marchandage et prêt de main-d'œuvre illicite (L. 152-3 C. trav.), de corruption de salarié (L. 156-6 C. trav.), le vol (311-3 CP), l'escroquerie (313-1 CP), l'abus de confiance (314-1 CP), le faux et l'usage de faux (441-1 CP), le recel, (321-5 C), l'abus de confiance (art. 437 loi du 25 juillet 1966)... L'emprisonnement contraventionnel a disparu en principe, sauf exceptions, telles que la contrainte par corps en matière fiscale. L'emprisonnement est réparti par les textes selon une échelle de sept degrés : 10, 7, 5, 3, 2, 1 an, 6 mois. Bien que l'emprisonnement soit souvent prévu, la loi veut en limiter l'application. Si la juridiction prononce une telle peine sans sursis, elle devra le motiver. Elle peut aussi lui préférer une autre peine, dite de substitution.

L'article 132-17-2 prévoit comme peine de substitution à la prison l'amende, le jour amende, la peine d'assujettissement à un travail d'intérêt général, la peine privative ou restrictive de droits. Depuis la loi du 19 décembre 1997, le placement sous surveillance électronique est une modalité d'exécution des peines privatives de liberté particulièrement adaptée au droit pénal dans l'entreprise. Une peine d'emprisonnement ferme est désormais exceptionnelle.

B. Le travail d'intérêt général

Cette peine remplace la peine de prison, si l'intéressé donne son accord : la peine consiste à effectuer pour le compte de la collectivité un travail non rémunéré dont le nombre d'heures est compris entre 40 et 240 pendant une période maximum de huit mois. Si le condamné n'exécute pas sa peine, il commet un délit punissable de deux années d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende. Le travail d'intérêt général se présente ainsi comme un véritable substitut à l'emprisonnement. D'une part, l'accord du condamné est nécessaire, car lorsqu'un délit est puni d'une peine d'emprisonnement, cette sanction peut être décidée par le juge avec l'accord de l'intéressé qui doit donc être présent (C. pén., art. 131-8, al. 2). Dans ce cas, le travail d'intérêt général se substitue totalement à la peine d'emprisonnement encourue et l'article 131-9 du Code pénal interdit le cumul emprisonnement et peine d'intérêt général pour la même infraction. Mais d'autre part, la peine d'emprisonnement peut cependant réapparaître et rendre le cumul inévitable. En effet, l'article 434-42 du Code pénal sanctionne d'une peine d'emprisonnement la violation par le condamné des obligations résultant du travail d'intérêt général. En cas de condamnation de ce chef à une peine d'emprisonnement, que devient le TIG inexécuté ? Une cour d'appel avait cru pouvoir en ordonner la « révocation » avant de condamner le prévenu à une peine d'emprisonnement. Son arrêt a été cassé pour violation de l'article 434-42 sur un moyen relevé d'office. La Cour de cassation estime logiquement que la condamnation à une peine d'emprisonnement pour violation des obligations résultant d'un TIG ne dispense pas le condamné de l'exécution de cette peine (Cass. crim., 7 janv. 1997 ; Bull. crim., n° 1 ; Dr. pénal 1997, comm. 76 ; JCP G 1997, II, 22878, note Ph. Salvage). Le cumul de l'emprisonnement et du TIG est alors possible car chaque peine sanctionne une infraction distincte.

II. Les sanctions pécuniaires

A. L'amende

Elle peut être prononcée à titre principal ou de substitution en matière correctionnelle. En matière contraventionnelle, l'amende est la peine de principe, le Nouveau Code pénal excluant l'emprisonnement de l'échelle des peines de police.

On distingue en matière contraventionnelle 5 classes d'amendes, les 4 premières étant de 250 à 5 000 F et la cinquième 10 000 F, qui peut être doublée en cas de récidive. La récidive ne s'applique en effet qu'aux amendes de 5^e classe. En matière de délit, le taux minimum est fixé à 25 000 F. Les peines d'amendes pour les personnes morales se caractérisent par l'importance de leur montant, en général le quintuple du montant prévu pour les personnes physiques (131-8). Ainsi, l'auteur d'une escroquerie (délit), s'il est un individu, encourt dans certains cas cinq millions de francs d'amende, ce qui permet d'infliger à la personne morale une amende de 25 millions de francs. Le montant peut aussi être proportionnel à l'objet en cause, ou au chiffre d'affaires... Le juge peut substituer à l'amende certaines peines privatives ou restrictives de droit (131-14, 131-16 et 17 du CP). En guise de sanction alternative, la loi prévoit la suspension du permis de conduire, l'immobilisation du véhicule, la confiscation, le retrait du permis de chasser, l'interdiction d'émettre des chèques. Certaines peines de sûreté spéciales sont prévues pour les infractions d'affaires à l'article 131-39 CP. Mais les amendes les plus faibles peuvent être source de nombreuses surprises. D'une part, la règle de non-cumul des peines est très souvent écartée. Par exemple, l'étiquetage d'une marchandise emballée comportant l'apposition d'une étiquette sur chaque contenant, le nombre de contraventions commises est égal à celui des emballages irrégulièrement étiquetés (Crim. 7 janv. 1998). Attention aux erreurs d'étiquetage ! Autre exemple, les amendes fiscales échappent elles aussi à la règle de non-cumul des

peines, au sursis, mais peuvent donner lieu à des transactions si elles sont proposées par l'administration. D'autre part, de nombreuses solidarités existent, soit automatiques, soit facultatives, telles en matière de contraventions de police de la route prononcées contre les salariés, dont l'employeur est solidaire si le juge le décide. Et, faut-il le rappeler, en dehors des cas expressément prévus par la loi, le fait que l'entreprise paie une amende à laquelle elle n'est pas tenue par la loi, par exemple une amende prononcée pour infraction au Code de la route d'un salarié, constitue un abus de biens sociaux.

B. Le jour amende

Cette peine est un substitut à l'emprisonnement correctionnel qui permet au juge de condamner le délinquant à verser au Trésor une peine en « jour amende » dont le calcul résulte d'une contribution quotidienne ne pouvant dépasser 300 € multipliée par un certain nombre de jours qui ne peut dépasser 360. Le non-respect du paiement entraîne l'incarcération du condamné pour une durée correspondant à la moitié du nombre de jours amende impayés. Une lecture stricte de l'article 131-5 CP peut permettre un cumul emprisonnement-jours amende, ce à quoi se refuse la jurisprudence.

III. Les peines privatives de droit et les peines réelles

A. La « mort professionnelle » : les interdictions, déchéances, incapacités

Ces peines sont une sorte de « mort professionnelle », une version adoucie de l'ancienne « mort civile », qui n'existe plus en droit français. Cette mort professionnelle qui vise autant à sanctionner qu'à prévenir la récidive en écartant une personne d'une profession qui est une occasion de délinquance peut prendre une multitude de formes. Nous en retiendrons deux.

Premièrement : Dans de nombreux cas, la loi prévoit la suspension temporaire ou l'interdiction définitive d'exercer une profession.

Parfois cette interdiction est une peine accessoire à une peine principale. Le texte le plus souvent appliqué est la loi du 30 août 1947 sur l'assainissement des professions industrielles et commerciales qui interdit les professions industrielles et commerciales à toute personne condamnée notamment à une peine afflictive ou infamante ou à une peine d'emprisonnement minimum sans sursis pour vol, escroquerie, abus de confiance, recel, attentats aux mœurs. Le droit des sociétés prévoit de nombreuses interdictions, l'article 6 du décret-loi du 8 août 1935 vise toute personne condamnée définitivement pour un crime de droit commun ou pour certains délits (vol, abus de confiance, escroquerie, délits punis des peines de l'escroquerie ou de la banqueroute, soustraction commise par dépositaire public, extorsion de fonds ou valeurs, atteinte au crédit de l'État, recel de choses obtenues à l'aide de ces infractions, tentatives ou complicité). Il interdit à ces personnes de diriger, administrer ou gérer à un titre quelconque une société par actions ou à responsabilité limitée, ou une agence ou succursale d'une de ces sociétés, ou d'exercer les fonctions de membres du conseil de surveillance ou de commissaire dans ces sociétés, ou même d'engager la signature sociale de ces sociétés. Parfois cette sanction est une peine complémentaire facultative. Ainsi, par exemple, en cas de fraude fiscale, l'article 1750 du CGI dispose que le juge peut interdire pendant 3 ans maximum au condamné d'exercer « toute profession industrielle, commerciale ou libérale ».

Deuxièmement : l'exclusion des marchés publics.

Par exemple, l'article 49 du Code des marchés publics prévoit cette peine « lorsqu'une personne est condamnée pour infraction à une disposition du Code général des impôts prévoyant des sanctions pénales ». Lorsque la personne condamnée est un dirigeant de droit ou de fait d'une entreprise redevable de l'impôt fraudé, l'exclusion « cesse de plein droit lorsque l'entreprise apporte la preuve qu'elle n'emploie plus la personne condamnée ».

B. Les peines « réelles » : confiscation, fermeture d'établissement

L'expression désigne les sanctions qui n'atteignent pas directement l'auteur de l'infraction, mais une chose (*res*), liée à l'infraction.

La confiscation

Même en l'absence de loi spéciale, le juge peut confisquer la chose qui a servi ou était destinée à commettre le délit ou son produit. La confiscation est celle de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit. Les exemples se multiplient : en matière fiscale et douanière, mais aussi en matière de contrefaçon de marques de commerce ou de fabrique.

La fermeture d'établissement

La fermeture d'établissement est l'interdiction de poursuivre l'exploitation d'une entreprise ou d'un établissement « trouvé en infraction » ou « ayant servi à commettre » les faits incriminés. Cette mesure peut être temporaire (par exemple l'article L. 263-1 du Code du travail prévoit que le juge des référés peut prononcer la « fermeture temporaire d'un atelier ou chantier »). Elle peut être une peine accessoire, ou principale contre les personnes morales.

L'accomplissement d'une prestation en nature

La loi du 3 janvier 1992 dispose qu'en cas de pollution de l'eau, le juge pénal peut « imposer au condamné de procéder à la restauration du milieu aquatique » (art. 22, al. 2).

C. Les « quasi-sanctions » : droit administratif, civil et commercial

Ces sanctions non pénales sont soit administratives soit civiles ou commerciales.

Les sanctions administratives, bien que non pénales en raison de la séparation des pouvoirs, sont d'une extrême importance en droit pénal des affaires tant en raison du pouvoir de sanction donné notamment aux autorités administratives indépendantes (Commission bancaire, Commission de contrôle des assurances, Conseil de la concurrence...) que du principe très contestable du cumul des sanctions pénales et administratives.

Enfin, certaines sanctions civiles ou commerciales telle la faillite professionnelle, ont elles aussi les mêmes effets qu'une sanction pénale. La faillite personnelle emporte en effet interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise commerciale ou artisanale et toute personne morale ayant une activité économique.

NOTE

Rappelons que le Code pénal prévoit que la personne morale encourt à titre de peine principale, la peine d'amende quintuple de celle prévue pour les personnes physiques ayant commis la même infraction. Ce principe pose des difficultés pour plusieurs de ces infractions dont le texte ne prévoit aucune peine d'amende à l'encontre des personnes physiques. Quant aux peines complémentaires de l'article 131-39 du Code pénal, tout dépend de la gravité de l'infraction poursuivie. Il faut donc examiner chaque texte pour vérifier si l'infraction est punie de tout ou partie de ces peines et, tout particulièrement, si la dissolution de la personne morale peut être prononcée. La loi du 12 juin 2001 a en effet très sensiblement renforcé les possibilités de prononcer la dissolution d'une personne. L'article 14 de la loi prévoit désormais que la dissolution peut être prévue par la loi pour un crime ou un délit puni en ce qui concerne les personnes physiques d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à trois ans et non plus cinq ans comme le prévoyait antérieurement l'article 131-39, 1° du Code pénal.

Cette question a été renouvelée par une loi du 9 mars 2004 : Pour les infractions commises après le 31 décembre 2005 lorsque la peine ne prévoyait pas d'amende pour les personnes physiques, l'article 55 dispose que l'article 131-38 du Code pénal est complété par un alinéa ainsi rédigé : « Lorsqu'il s'agit d'un crime pour lequel aucune peine d'amende n'est prévue à l'encontre des personnes physiques,

l'amende encourue par les personnes morales est de 1 million d'euros.» Pour les infractions qui prévoient une peine d'amende à l'encontre des personnes physiques, c'est l'alinéa 1 de l'article 131-38 du Code pénal qui s'applique, l'amende ne pouvant dépasser le quintuple de ce qui est prévu pour les personnes physiques. Rappelons toutefois que ce montant peut être dépassé en cas de cumul des sanctions pénales et administratives, notamment en matière d'assurance, concurrence et Bourse. Dans ce cas, d'après le Conseil constitutionnel¹¹³, le principe *Non bis in idem*, qui signifie que nul ne peut être sanctionné deux fois à propos d'un seul et même fait, ne reçoit pas d'application. Le Conseil rajoute, néanmoins, que « *le principe de proportionnalité implique, qu'en tout état de cause, le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues* ». Or, les sanctions administratives qu'encourent les personnes morales peuvent être plus élevées que les sanctions pénales (notamment lorsque la sanction administrative est un pourcentage du chiffre d'affaires). Donc le montant global de la sanction supportée par la personne morale peut dépasser le quintuple de la peine prévue pour les personnes physiques de l'article 131-38 du Code pénal.

Le fait que le législateur ne prévoit que des sanctions pécuniaires pour les nouvelles incriminations a été très critiqué. Ce choix de sanctionner les personnes morales uniquement par une peine pécuniaire serait contraire au principe de l'individualisation de la sanction car le juge ne pourra pas individualiser la peine en choisissant une peine d'une nature différente telle que l'exclusion des marchés publics, l'affichage de la décision de condamnation... prévus à l'article 131-39 du Code pénal. La loi du 9 mars 2004 exclut donc le recours à des peines différentes de l'amende. Le juge ne peut donc d'utiliser tout l'arsenal des peines prévues à l'article 131-39 du Code pénal ; seule source d'individualisation désormais : le montant de la sanction pécuniaire.

D. L'assurance

Il n'est pas possible de s'assurer pour couvrir le risque pénal. Mais encore faut-il préciser que l'interdiction ne concerne que l'assurance de peines mais pas l'assurance des conséquences civiles des infractions pénales. Voici pourquoi par exemple, il a été jugé que contrairement à l'affirmation selon laquelle l'engagement de couvrir les conséquences pécuniaires d'un délit pénal futur est illicite, le cautionnement garantissant à titre accessoire le paiement à la victime de créances nées d'un délit ou quasi-délit est licite. S'agissant du cautionnement donné par l'épouse pour couvrir les dettes de son mari envers son employeur, incluant d'éventuels détournements de fonds, une cour d'appel a considéré à bon droit qu'était valable la garantie couvrant l'ensemble des dettes professionnelles du mari, y compris celles qui seraient la conséquence d'agissements frauduleux. Cette exception est admise car il s'agit des conséquences civiles du délit pénal qui font l'objet de la caution, et non la sanction pénale elle-même (Cass. 1^{re} civ., R. 8 oct. 1996 ; M^{me} Naïmi c/ UAP - Pourvoi c/ CA Agen, 13 juillet 1994 ; Juris-Data n° 003674). Introduite en France depuis une vingtaine d'années, la couverture spécifique des dirigeants, plus connue sous le nom de « Responsabilité civile mandataires sociaux » (RCMS), a tout d'abord intéressé les grands groupes internationaux, puis, de plus en plus, les petites et moyennes entreprises. Cette assurance tend aujourd'hui à se banaliser, La question s'est rapidement posée de savoir si la prime pouvait être prise en charge par la société dans la mesure où elle couvrirait la responsabilité civile de ses préposés au titre de l'exercice de leurs fonctions, ou si elle devait être supportée à titre personnel par le dirigeant, étant souscrite « pour le compte de » et couvrant un risque personnel. En pratique, la couverture « RCMS » est prise en charge par la société. Un régime fiscal et social spécifique s'est même peu à peu construit : en ce qui concerne les dirigeants sociaux salariés pour l'administration fiscale ; la position a été modifiée, considérant que la prise en charge par une société de primes d'assurances destinées à couvrir la responsabilité de ses dirigeants salariés constituait pour ceux-ci une indemnité représentative de frais exonérée d'impôt sur le revenu en application de l'article 81-1° du Code général des impôts, si le contrat couvre uniquement des

¹¹³ Conseil const. 28 juillet 1989, décision 89-260.

risques inhérents à l'activité professionnelle exercée. Dans les autres cas, cette prise en charge s'analyse comme un complément de rémunération imposable. Le volume des primes dépensées chaque année par les sociétés pour prémunir les dirigeants contre une éventuelle mise en cause de leur responsabilité civile est estimé à 300 millions d'euros pour le marché français et un milliard d'euros pour l'Europe continentale.

Section 2. Les peines prononcées par le juge

L'article 132-4 rappelle le principe général de l'individualisation de la peine par le juge, qui doit déterminer la sanction en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur. Pouvoir extrême que celui de l'individualisation ! Un seul exemple : depuis le Nouveau Code pénal, l'indication du minimum des peines est supprimée. Le mécanisme des circonstances atténuantes n'a donc pas été maintenu. Les peines mentionnées par la loi sont des indications des peines maximum qui peuvent être appliquées. Entre ce maximum et un jour de prison ou un seul franc d'amende, assortis du sursis, les juges sont libres de décider, exerçant ainsi « une faculté discrétionnaire dont ils ne doivent aucun compte ». L'arbitraire du juge, qui caractérisait l'ancien régime, est peu à peu reconstitué par la législation républicaine... Cette individualisation peut prendre deux voies différentes : le choix d'un type de sanction plutôt qu'un autre ; le choix du montant de la sanction choisie.

I. La détermination du type de sanction

Le juge peut-il par exemple ne pas prononcer une peine de prison, mais seulement une peine d'amende ? Ou même ne prononcer qu'une peine de suspension du permis de conduire ? La question est difficile car la réponse ne dépend pas seulement du texte incriminateur de l'infraction qui prévoit la sanction. Des règles générales du Code pénal viennent en effet compliquer la détermination du type de sanction applicable.

Le Code pénal, pour permettre de répondre à cette question, a distingué entre les peines principales, les peines alternatives et les peines complémentaires.

A. Les peines principales

Les peines principales pour les personnes physiques sont en matière criminelle la réclusion criminelle et la détention criminelle. En matière correctionnelle, les peines principales sont l'emprisonnement et l'amende. Pour les personnes morales, les peines principales sont l'amende et diverses privations de droits. En matière de contravention, les peines principales sont l'amende et diverses privations de droits.

Article 131-12

« Les peines contraventionnelles encourues par les personnes physiques sont :

1. l'amende ;
2. les peines privatives ou restrictives de droits prévues à l'article 131-14.

Ces peines ne sont pas exclusives d'une ou de plusieurs des peines complémentaires prévues aux articles 131-16 et 131-17. »

Article 131-13

« Le montant de l'amende est le suivant :

1. 38 € au plus pour les contraventions de la 1^{re} classe ;
2. 150 € au plus pour les contraventions de la 2^e classe ;
3. 450 € au plus pour les contraventions de la 3^e classe ;
4. 750 € au plus pour les contraventions de la 4^e classe ;
5. 1 500 € au plus pour les contraventions de la 5^e classe, montant qui peut être porté à 3 000 € en cas de récidive lorsque le règlement le prévoit. »

B. Les peines alternatives

Les peines alternatives peuvent être prononcées à la place d'une peine principale, même si l'incrimination ne le prévoit pas. En matière correctionnelle, il s'agit de deux hypothèses. En premier lieu, du TIG lorsque l'incrimination prévoit l'emprisonnement. En second lieu, d'une liste de peines alternatives lorsque l'incrimination prévoit l'emprisonnement, ou/et une amende.

Article 131-6

« Lorsqu'un délit est puni d'une peine d'emprisonnement, une ou plusieurs des peines privatives ou restrictives de droits suivantes peuvent être prononcées :

1. la suspension, pour une durée de cinq ans au plus, du permis de conduire, cette suspension pouvant être limitée, selon des modalités déterminées par décret en conseil d'État, à la conduite en dehors de l'activité professionnelle ;
2. l'interdiction de conduire certains véhicules pendant une durée de cinq ans au plus ;
3. l'annulation du permis de conduire avec interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis pendant cinq ans au plus ;
4. la confiscation d'un ou de plusieurs véhicules appartenant au condamné ;
5. l'immobilisation, pour une durée d'un an au plus, d'un ou de plusieurs véhicules appartenant au condamné, selon des modalités déterminées par décret en Conseil d'État ;
6. l'interdiction de détenir ou de porter, pour une durée de cinq ans au plus, une arme soumise à autorisation ;
7. la confiscation d'une ou de plusieurs armes dont le condamné est propriétaire ou dont il a la libre disposition ;
8. le retrait du permis de chasser avec interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis pendant cinq ans au plus ;
9. l'interdiction pour une durée de cinq ans au plus d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés et d'utiliser des cartes de paiement ;
10. la confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit. Toutefois, cette confiscation ne peut pas être prononcée en matière de délit de presse. »

Article 131-7

« Les peines privatives ou restrictives de droits énumérées à l'article 131-6 peuvent également être prononcées pour les délits qui sont punis seulement d'une peine d'amende. »

Article 131-8

« Lorsqu'un délit est puni d'une peine d'emprisonnement, la juridiction peut prescrire que le condamné accomplira, pour une durée de quarante à deux cent quarante heures, un travail d'intérêt général non rémunéré au profit d'une personne morale de droit public ou d'une association habilitée à mettre en œuvre des travaux d'intérêt général.

La peine de travail d'intérêt général ne peut être prononcée contre le prévenu qui la refuse ou qui n'est pas présent à l'audience. Le président du tribunal, avant le prononcé du jugement, informe le prévenu de son droit de refuser l'accomplissement d'un travail d'intérêt général et reçoit sa réponse. »

Article 131-14

« Pour toutes les contraventions de la 5^e classe, une ou plusieurs des peines privatives ou restrictives de droits suivantes peuvent être prononcées :

1. la suspension, pour une durée d'un an au plus, du permis de conduire, cette suspension pouvant être limitée à la conduite en dehors de l'activité professionnelle ;
2. l'immobilisation, pour une durée de six mois au plus, d'un ou de plusieurs véhicules appartenant au condamné ;
3. la confiscation d'une ou de plusieurs armes dont le condamné est propriétaire ou dont il a la libre disposition ;

4. le retrait du permis de chasser, avec interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis pendant un an au plus ;
5. l'interdiction, pour une durée d'un an au plus, d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés et d'utiliser des cartes de paiement ;
6. la confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit. Toutefois, cette confiscation ne peut pas être prononcée en matière de délit de presse. »

Article 131-15

« La peine d'amende ne peut être prononcée cumulativement avec une des peines privatives ou restrictives de droits énumérées à l'article 131-14.

Les peines privatives ou restrictives de droits énumérées à cet article peuvent être prononcées cumulativement. »

C. Les peines complémentaires

Ces peines sont prévues en plus de peines prononcées à titre principal, et pour certaines infractions seulement. Dans les parties spéciales du code, le législateur prévoit de plus en plus des peines telles l'amende et des peines privatives de liberté ; puis des peines complémentaires.

Article 131-10

« Lorsque la loi le prévoit, un crime ou un délit peut être sanctionné d'une ou de plusieurs peines complémentaires qui, frappant les personnes physiques, emportent interdiction, déchéance, incapacité ou retrait d'un droit, immobilisation ou confiscation d'un objet, fermeture d'un établissement ou affichage de la décision prononcée ou diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication audiovisuelle. »

Article 131-11

« Lorsqu'un délit est puni d'une ou de plusieurs des peines complémentaires mentionnées à l'article 131-10, la juridiction peut ne prononcer que la peine complémentaire ou l'une ou plusieurs des peines complémentaires encourues à titre de peine principale. »

Article 131-16

« Le règlement qui réprime une contravention peut prévoir, lorsque le coupable est une personne physique, une ou plusieurs des peines complémentaires suivantes :

1. la suspension, pour une durée de trois ans au plus, du permis de conduire, cette suspension pouvant être limitée à la conduite en dehors de l'activité professionnelle ;
2. l'interdiction de détenir ou de porter, pour une durée de trois ans au plus, une arme soumise à autorisation ;
3. la confiscation d'une ou de plusieurs armes dont le condamné est propriétaire ou dont il a la libre disposition ;
4. le retrait du permis de chasser, avec interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis pendant trois ans au plus ;
5. la confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit. »

Article 131-17

« Le règlement qui réprime une contravention de la cinquième classe peut en outre prévoir la peine complémentaire d'interdiction, pour une durée de trois ans au plus, d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés.

Le règlement qui réprime une contravention de la cinquième classe peut également prévoir, à titre de peine complémentaire, la peine de travail d'intérêt général pour une durée de vingt à cent vingt heures. »

Article 131-18

« Lorsqu'une contravention est punie d'une ou de plusieurs des peines complémentaires mentionnées aux articles 131-16 et 131-17, la juridiction peut ne prononcer que la peine complémentaire ou l'une ou plusieurs des peines complémentaires encourues. »

Tableau du cumul des peines principales, alternatives, complémentaires

Peines encourues	Emprisonnement	Amende	Jour-amende	Travail d'intérêt général	Peines privatives ou restrictives de droit
Emprisonnement		Cumul possible	Cumul possible	Cumul impossible	Cumul impossible
Amende	Cumul possible		Cumul impossible	Cumul impossible	Cumul possible
Jour-amende	Cumul possible	Cumul impossible		Cumul impossible	Cumul impossible
Travail d'intérêt général	Cumul impossible	Cumul impossible	Cumul impossible		Cumul impossible
Peines privatives ou restrictives de droit	Cumul impossible	Cumul possible	Cumul impossible	Cumul impossible	Cumul possible

Circulaire du 14 mai 1993, commentaire des dispositions du Nouveau Code pénal

II. La détermination de la durée et du montant de la sanction

A. Premier cas : Le pouvoir général d'individualisation du juge

L'individualisation est l'adaptation de la sanction à chaque délinquant en fonction de son acte, de son tempérament, de ses chances de réinsertion, de son degré de professionnalité criminelle. La notion a été élaborée par R. Saleilles dans son livre intitulé « L'individualisation de la peine », publié en 1898. Ce pouvoir extrême du juge peut être inquiétant. Par exemple, chaque tribunal ayant sa vérité, les praticiens constatent que certains tribunaux sont beaucoup plus sévères que d'autres pour un même fait et des personnalités comparables.

L'article 132-24 renomme ce principe général de l'individualisation de la peine par le juge en principe de la personnalisation des peines, en raison de la création en 1994 d'une responsabilité des personnes morales. Cet article précise que « dans les limites fixées par la loi, la juridiction prononce les peines et fixe leur régime en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ». Ces limites sont extrêmement larges, car la loi ne fixe plus que des maxima, le juge pouvant presque toujours fixer une peine minimale sans limite légale.

Cependant, selon leur nature, la loi fixe parfois quelques bornes à cette individualisation :

a. Les peines criminelles

Une Cour d'assises, selon le texte de loi incriminateur, condamne à des peines principales de réclusion criminelle à perpétuité, ou à temps, tout en bénéficiant de larges pouvoirs d'individualisation, encadrés seulement par quelques dispositions :

- Si la loi prévoit une peine à perpétuité, la juridiction peut prononcer une peine qui ne peut être inférieure à deux ans (132-18 al. 1).
- Si la loi prévoit une peine à temps (par exemple, 15 ans au plus), la juridiction peut prononcer une peine inférieure, mais qui ne peut être inférieure à un an (132-18 al. 2).
- Si la juridiction diminue la peine en deçà de 10 ans, en application de l'article 132-18 alinéa 1 ou 2 il est permis à la juridiction d'assortir cet emprisonnement du sursis : la personne déclarée coupable d'un crime ne subira alors aucune peine privative de liberté !

b. Les peines correctionnelles

C'est en cette matière que l'individualisation de la peine est la plus forte. Conçue à l'époque pour être plus favorable, elle est aujourd'hui le plus souvent, le moyen d'une « impitoyable sévérité », pour reprendre les termes de M. J.-C. Soyer. Il n'existe pas de minima, comme en matière de peine criminelle, le juge pouvant par exemple condamner pour une escroquerie à 5 ans d'emprisonnement, ou un à jour d'emprisonnement.

Bien que l'emprisonnement soit souvent prévu, la loi veut en limiter l'application. Si la juridiction prononce une telle peine sans sursis, elle devra le motiver. L'individualisation doit en ce cas être justifiée, et en ce cas seulement.

c. Les peines contraventionnelles

On distingue 5 classes d'amendes, les 4 premières étant de 38 à 750 € et la cinquième de 1 500 €, qui peut être doublée en cas de récidive. La récidive ne s'applique en effet qu'aux amendes de 5^e classe. En cette matière encore, l'individualisation du montant est totale, le juge pouvant condamner à la somme maximum prévue par la loi, ou à un seul euro d'amende.

B. Second cas : L'individualisation en raison des circonstances de l'infraction

a. L'exemption

Elle est parfois légale. La loi ainsi dispense de peine ceux qui dénoncent des infractions très graves : complots, évasions. Les immunités parlementaires ou diplomatiques sont des obstacles au jugement et à la poursuite. L'exemption peut être aussi judiciaire, fondée sur un pardon judiciaire pour qui aura réparé les dommages.

b. L'atténuation

Art. 132-24 : « Dans les limites fixées par la loi, la juridiction prononce les peines et fixe leur régime en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de leur auteur. » Cet article manifeste l'abandon de la notion de circonstances atténuantes. Certains textes spéciaux prévoient encore cependant des atténuations. Par exemple, la minorité pénale conduit jusqu'à 13 ans à une exemption obligatoire et au-delà de 13 ans une exemption facultative, et s'il y a lieu de le condamner, le mineur bénéficie d'une diminution de peine.

c. L'aggravation

Dans certains cas le juge est autorisé à dépasser le maximum légal, lorsqu'une loi spéciale l'y autorise ; par exemple, s'il y a préméditation, ou en cas de vol si l'infraction a eu lieu de nuit, avec armes... ou si la victime est une personne particulièrement vulnérable.

d. Le sursis

Le sursis est une dispense de l'exécution de la peine. Il consiste, pour une juridiction de jugement, à décider que la personne condamnée ne subira pas la peine si, durant un certain délai, il n'encourt pas de nouvelle condamnation. Si, au contraire, lors de ce délai d'épreuve, cette personne encourt une nouvelle condamnation, la première peine prononcée sera exécutée, à laquelle s'ajoutera la nouvelle peine. Le but du sursis est de constituer une alternative à la prison et de faire peser une menace sur le condamné : la révocation du sursis. Il existe désormais trois catégories de sursis : le sursis simple (132-30 et 132-33), le sursis avec mise à l'épreuve (132-40) et le sursis assorti d'une obligation d'accomplir un travail d'intérêt général (132-54).

Tableau des trois différents sursis

Le sursis simple (C. pén., art. 132-30 et 132-33)

Domaine d'application	Passé pénal	Condamnation bénéficiant du sursis
Matière criminelle ou correctionnelle	Pas de condamnation au cours des cinq ans précédant les faits pour crime ou délit de droit commun à une peine privative de liberté (personne physique) ou à une amende d'un montant supérieur à 60 000 € (personne morale).	Emprisonnement de 5 ans au plus, amende, jours-amende, peines complémentaires de l'article 131-10, etc. (personne physique), amende et peines mentionnées au 2 ^e , 5 ^e , 6 ^e et 7 ^e de l'article 131-39 du Code pénal (personne morale).
Matière contraventionnelle	Pas de condamnation au cours des cinq ans précédant les faits pour crime ou délit de droit commun à une peine privative de liberté (personne physique) ou à une amende d'un montant supérieur à 15 000 € (personne morale).	Peines restrictives de droits de l'article 131-14, interdiction d'émettre des chèques amende de 5 ^e classe, etc. (personne physique), amende de 5 ^e classe, interdiction d'émettre des chèques ou d'utiliser des moyens de paiement (personne morale).

Sursis avec mise à l'épreuve et sursis assorti d'une obligation d'accomplir un travail d'intérêt général
(C. pén., art. 132-40 et 132-54).

Matière correctionnelle entre 18 mois et 3 ans	Délai d'épreuve indifférent.	Condamnations à l'emprisonnement pour cinq ans au plus pour crime ou délit de droit commun.
--	------------------------------	---

C. Troisième cas : L'individualisation en raison du nombre d'infractions

a. La récidive

La récidive est une aggravation de l'infraction qui peut aller jusqu'au double, dès lors qu'il y a une condamnation définitive, puis une nouvelle infraction en passe d'être jugée. Entre ces deux termes, se situe la récidive (132-8 à 132-15).

Premier cas : le premier terme de la récidive est un crime ou délit tenu pour très grave, puni de dix ans d'emprisonnement par la loi (132-8 et 132-9) :

- Si le second terme de la condamnation est un crime réprimé de la peine de vingt ans, celle-ci devient une peine de réclusion à perpétuité. Si ce second terme est un crime réprimé d'une peine de 15 ans, celle-ci est portée à trente ans.
- Si le deuxième terme de la peine est un délit puni de un à dix ans, la peine maximum encourue est doublée. Plus précisément, la peine de un an à dix ans est doublée si la récidive a eu lieu dans un délai de moins de cinq ans ; la peine de dix ans est doublée si la récidive a eu lieu dans un délai de moins de dix ans.

Second cas : Le premier terme de la récidive est un délit autre que tenu pour très grave et au moins délit grave pour le premier terme. L'article 132-10 précise « lorsqu'une personne physique, déjà condamnée définitivement pour un délit, commet, dans un délai de cinq ans à compter de l'expiration ou de la prescription de la précédente peine, soit le même délit, soit un délit qui lui est assimilé au regard de la récidive, le maximum des peines d'emprisonnement et d'amende encourues est doublé ». Enfin, pour les contraventions, la récidive est exclue pour les 4 premières classes.

Article 132-16

« Le vol, l'extorsion, le chantage, l'escroquerie et l'abus de confiance sont considérés, au regard de la récidive, comme une même infraction. »

b. Le casier judiciaire

La notion de récidive justifie la tenue du casier judiciaire.

Le casier judiciaire est un fichier dressé par les services du casier judiciaire national informatisé à partir des fiches que leur adressent les greffiers des juridictions qui prononcent des condamnations sujettes à inscription. Les bulletins sont des relevés nominatifs des différentes fiches.

Tableaux de la récidive des personnes physiques et morales

1 ^{er} terme	2 ^e terme	Nouveau maximum	Régime	Texte
Crime ou délit puni de 10 ans d'emprisonnement	– Soit crime puni de 20 à 30 ans de réclusion ou détention – Soit crime puni de 15 ans de réclusion ou détention	Réclusion ou détention à perpétuité Réclusion ou détention de 30 ans	Récidive générale et perpétuelle	Art. 132-8
Crime ou délit puni de 10 ans d'emprisonnement	– Soit délit puni de 10 ans d'emprisonnement – Soit délit puni de plus d'un an et de moins de 10 ans d'emprisonnement	Maximum doublé (pour l'emprisonnement et pour l'amende) Maximum doublé (<i>idem</i>)	Récidive générale et temporaire (10 ans) Récidive générale et temporaire (5 ans)	Art. 132-9, al. 1 ^{er} Art. 132-9, al. 2
Délit	Délit identique ou consi-déré comme tel (vol = extorsion = chantage = escroquerie = abus de confiance)	Maximum doublé (pour l'emprisonnement et pour l'amende)	Récidive spéciale et temporaire (5 ans)	Art. 132-10
Contravention de 5 ^e classe	Contravention identique	3 000 € d'amende	Récidive spéciale et temporaire (1 an)	Art. 132-11

Récidive des personnes morales

1 ^{er} terme	2 ^e terme	Nouveau maximum	Régime	Texte
Crime ou délit puni de 100 000 € d'amende concernant un individu	Crime	10 fois le maximum prévu par la loi + peines complémentaires de l'art. 131-39	Récidive générale et perpétuelle	Art. 132-12
Crime ou délit puni de 100 000 € d'amende concernant un individu	– Soit délit puni de 100 000 € d'amende – Soit délit puni de + 15 000 € d'amende	10 fois le maximum prévu par la loi 10 fois le maximum prévu par la loi	Récidive générale et temporaire (10 ans) Récidive générale et temporaire (5 ans)	Art. 132-13, al. 1 ^{er} Art. 132-13, al. 2
Délit	Délit identique ou assimilé	10 fois le maximum prévu par la loi	Récidive générale et temporaire (5 ans)	Art. 132-14
Contravention de 5 ^e classe	Contravention identique	10 fois le maximum prévu par la loi	Récidive générale et temporaire (1 an)	Art. 132-15

TEST DE COMPRÉHENSION

Choisir une réponse (*vrai* ou *faux*) aux questions suivantes et vérifier votre compréhension du cours...
(*cf. réponses*)

Questions

1. L'adage « Pas d'infraction, pas de peine sans loi » exprime le **principe de légalité**.
(*Vrai, Faux*)
2. La **tentative** est une infraction inachevée punissable lorsqu'il existe un commencement d'exécution.
(*Vrai, Faux*)
3. La **mise en danger** d'autrui nécessite un dommage pour être sanctionnée.
(*Vrai, Faux*)
4. L'**ordre d'un supérieur hiérarchique** exonère le salarié de sa responsabilité pénale.
(*Vrai, Faux*)
5. Il y a **concours réel** d'infractions lorsqu'un même acte a constitué plusieurs infractions.
(*Vrai, Faux*)
6. Le **complice** est puni de la même peine que l'auteur principal.
(*Vrai, Faux*)
7. Une **délégation de pouvoir** exonère le chef d'entreprise de sa responsabilité pénale, au profit du titulaire de cette délégation.
(*Vrai, Faux*)
8. Une **personne morale peut être sanctionnée personnellement** pour une escroquerie réalisée par son dirigeant, et qui n'a profité qu'à ce dirigeant.
(*Vrai, Faux*)
9. Le **travail d'intérêt général** est une peine qui remplace la peine de prison, si le juge le décide.
(*Vrai, Faux*)
10. La **récidive** est une aggravation de l'infraction qui peut aller jusqu'au double, dès lors qu'il y a une condamnation définitive, puis une nouvelle infraction en passe d'être jugée.
(*Vrai, Faux*)

Réponses

1. **Vrai** : Ce principe dit de légalité est synonyme de « **l'élément légal de l'infraction** » et signifie que les règles de droit pénal sont exprimées par la loi. Ce principe politique fondamental résulte d'une crainte de l'arbitraire du juge et de l'exécutif, mais aussi d'une faveur pour la loi, expression de la volonté générale. Concrètement, un juge ne peut créer une nouvelle incrimination ou prononcer une peine supérieure à celle qui est prévue par le texte. Cette garantie des droits individuels exclut l'arbitraire du pouvoir, quel qu'il soit.
2. **Faux** : La tentative, infraction inachevée, est punissable, sous réserve que l'on puisse relever à l'encontre de son auteur deux conditions : un **commencement d'exécution** (première condition) et une **interruption involontaire** (seconde condition).
3. **Faux** : La **mise en danger** est le fait d'une personne qui prend délibérément un risque qui a pour conséquence d'exposer autrui à des blessures voire à la mort. Lorsque la faute de mise en danger a provoqué un dommage, le risque est réalisé et la qualification retenue correspond au dommage créé (homicide, blessures involontaires). La faute de mise en danger est alors une circonstance aggravante en cas d'atteinte à la vie (221-6) ou d'atteintes involontaires à l'intégrité de la personne (222-19 ; 222-20). Mais lorsque la faute de mise en danger n'a pas provoqué le dommage, elle est une

incrimination autonome, l'article 223-1 prévoyant une peine d'un an de prison et de 15 000 € d'amende.

4. Faux : Si l'article 122-4 al. 2 du Code pénal dispose que n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un **acte commandé par l'autorité légitime** sauf si celui-ci est manifestement illégal, la jurisprudence n'a jamais considéré l'employeur comme une autorité légitime au sens de cet article !

5. Faux : Il y a **concours réel** d'infractions lorsque « une infraction est commise par une personne avant que celle-ci ait été définitivement condamnée pour une autre infraction » et il y a **concours idéal** ou cumul de qualifications lorsqu'un même acte a constitué plusieurs infractions.

6. Vrai : L'article 121-6 du Code pénal dispose « Sera puni comme auteur le complice de l'infraction, au sens de l'article 121-7 ».

7. Vrai à la **quadruple condition que la délégation** soit précise (1), que la délégataire ait des compétences suffisantes (2), une autorité réelle (3), et des moyens en rapport avec sa délégation (4).

8. Faux : La **responsabilité des personnes morales est subordonnée à trois conditions** : la spécialité des personnes et des infractions (1), l'infraction commise par un organe ou représentant (2), et l'infraction doit être commise pour le compte de la personne morale (3).

9. Faux : Le travail d'intérêt général est une peine qui remplace la peine de prison, si le juge le décide, et si l'intéressé donne son accord.

10. Vrai.

EXERCICES D'APPLICATION

Cas pratique 1

Sur un chantier, un salarié est décédé d'un traumatisme crânien à la suite de la chute de l'échelle sur laquelle il était juché. Or, aucun système permettant d'arrêter sa chute n'avait été mis en œuvre ; ni dispositif individuel de sécurité tel harnais, ni utilisation d'une nacelle pour effectuer le travail, pourtant présents sur le chantier. Son chef d'équipe, pourtant titulaire d'une délégation de pouvoir en matière de sécurité, l'a laissé monter sur une échelle non pourvue d'équipements de sécurité. Qui était responsable pénalement dans l'entreprise ? Le chef d'équipe ? Le dirigeant ? La société ? Et la responsabilité pénale peut-elle se cumuler ?

Éléments de réponse

Ces faits ressemblent étrangement à ceux d'un arrêt récent exemplaire de l'élargissement de la responsabilité pénale des personnes morales (Cass. crim. 30 mai 2000, n° 99-84.212, Bull. des arrêts de la Cour de cassation, mai 2000, p. 607). Cet arrêt pose la question du cumul des textes relatifs à la responsabilité des personnes physiques et à la responsabilité de la personne morale.

I. Première responsabilité : la responsabilité des personnes physiques

La notion d'auteur de l'infraction est compliquée dans les entreprises par le fait qu'une responsabilité pour autrui a été créée spécialement pour elles...

D'abord, l'auteur de l'infraction, c'est celui qui commet les faits incriminés, ou tente de commettre un crime, ou, dans les cas prévus par la loi, un délit. Le principe est donc la responsabilité personnelle, en raison de faits commis personnellement. Tout salarié, tout dirigeant peut donc être condamné pénalement s'il est poursuivi de ce chef. Qui est responsable dans notre espèce ? Dans l'arrêt, le chef de chantier est responsable personnellement de l'installation de l'échafaudage, car il a commis une imprudence en ne veillant pas à l'installation d'une fixation de sécurité pourtant obligatoire.

Ensuite, la responsabilité du fait d'autrui : le chef de chantier (qui) est responsable personnellement de l'installation de l'échafaudage, a commis une imprudence en ne veillant pas à l'installation d'un filet de sécurité pourtant obligatoire. Mais le dirigeant de l'entreprise de ravalement a également commis une imprudence en ne vérifiant pas que le chef de chantier avait veillé à la sécurité de chantier... Concrètement, le juge va analyser les fautes commises par chacun. Il peut y avoir en ce cas cumul d'« auteurs », et de sanctions. Le dirigeant peut tenter d'échapper à cette responsabilité pour autrui en cas de délégation de pouvoir, si celle-ci est antérieure à la consommation de l'infraction, expresse, à une personne pourvue de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires pour exercer le contrôle des règles d'hygiène et de sécurité. C'est ce qui a été jugé dans notre espèce, afin de relaxer le dirigeant de l'entreprise de sa responsabilité du fait d'autrui. Le président-directeur général de la société Cécométa poursuivi pour homicide involontaire, a été relaxé par jugement du tribunal correctionnel du 27 février 1998. Seul le titulaire de la délégation de pouvoir, le chef d'équipe, a été déclaré coupable d'homicide involontaire et condamné à 15 jours d'emprisonnement avec sursis. Dans l'arrêt, la responsabilité des personnes physiques n'a donc été qu'une responsabilité personnelle (le salarié) et une responsabilité pour autrui de délégué en raison de la délégation de pouvoir (le chef de chantier) et non une responsabilité pour autrui générale (le chef d'entreprise).

II. Seconde responsabilité : la responsabilité des personnes morales

La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits ! Il peut donc y avoir cumul de responsabilité : la personne physique est condamnée, et la personne morale est condamnée ! La responsabilité des personnes morales n'est cependant pas générale : elle ne peut être mise en œuvre qu'à la condition que les infractions aient été commises pour leur compte et par leurs organes et représentants. Or, en l'espèce, le représentant légal, le président-directeur général, avait été relaxé. Fallait-il en conclure que la responsabilité de la société ne pouvait être retenue ? L'arrêt donne une interprétation nouvelle de la notion de représentant : « Le salarié d'une société, titulaire d'une délégation de pouvoir en matière d'hygiène et de sécurité, est un représentant de la personne morale au sens de l'article 121-2 du Code pénal ; qu'il engage donc la responsabilité pénale de celle-ci en cas d'atteinte à la vie ou à l'intégrité physique trouvant sa cause dans un manquement aux règles qu'il était tenu de faire respecter en vertu de sa délégation. » Autrement dit, le salarié, ici le chef de chantier, en sa qualité de « titulaire d'une délégation de pouvoir » exonère le dirigeant de sa responsabilité personnelle, mais en qualité de « représentant de la personne morale », engage la responsabilité de la société personne morale !

L'arrêt montre aussi l'évolution de la jurisprudence vers une plus grande responsabilité des personnes morales. Il dénoue, d'une certaine façon le lien entre la responsabilité des dirigeants, et la responsabilité de la société, en admettant qu'un simple salarié, parce qu'il est titulaire d'une délégation, est un « dirigeant », en droit un représentant, qui justifie que la personne morale soit engagée. L'évolution législative va aussi en ce sens : la loi du 10 juillet 2000, qui, en cas d'infraction par imprudence, permet que la personne morale soit punie, alors que, non coupable d'une faute qualifiée (selon la nouvelle terminologie), son dirigeant est exonéré (art. 121-3 et 121-3 al. 4 nouveaux) (voir Jacques-Henri Robert, « La responsabilité des personnes morales », Jurisclasseur pénal ; éd. Hors série décembre 2000, p. 20).

EXEMPLE

L'arrêt du 24 octobre 2000 (Bull. crim., n° 308 ; Dr. pén. 2001, comm. n° 29 ; D. 2002, jurispr. p. 514, note J.-Cl. Planque ; Rev. sc. crim. 2001, p. 371, obs. B. Bouloc ; JCP G 2001, II, 10535 ; Juris-Data n° 2000-007078) casse l'arrêt d'une cour d'appel qui avait prononcé la relaxe d'une société poursuivie à la suite d'un accident du travail sans rechercher si un défaut de surveillance ou d'organisation du travail imputable au chef d'établissement ou, le cas échéant, à son délégué en matière de sécurité était susceptible d'engager la responsabilité pénale de la société « nonobstant l'absence de faute délibérée ou caractérisée ». La nouvelle rédaction des articles 121-2 et 121-3 du Code pénal qui traduit désormais l'autonomie de la responsabilité des personnes physiques est aujourd'hui exclue.

Cas pratique 2

Monsieur Margueritte, chargé de clientèle d'une agence de la banque du Crédit Agricole, s'est fait remettre, il y a six mois, une somme de 10 000 euros par une personne d'un âge certain, décédée quelques jours après. N'ayant pas encore procédé à l'investissement, il a réalisé un versement sur son compte personnel. Cet épisode lui a donné des idées, il a depuis systématiquement proposé des investissements à des agriculteurs âgés. Il a, depuis, collecté les économies de quatre personnes, pour une somme de 150 000 euros, sans réaliser les placements convenus. Son directeur d'agence vient de s'apercevoir de ces faits.

Il a contacté sa direction régionale qui a qualifié le premier fait d'abus de confiance, les suivants d'escroquerie, et vous pose trois questions :

1. La responsabilité de la société, banque du Crédit Agricole, peut-elle être engagée ?
2. L'abus de confiance étant sanctionné de 3 ans et l'escroquerie de 5 ans, le chargé de clientèle sera-t-il condamné à 7 ans d'emprisonnement ?
3. Cet emprisonnement est-il un minimum ou un maximum ?

Éléments de réponse

1. La question de droit est celle des conditions de l'engagement de la responsabilité des personnes morales.

En droit, la responsabilité pénale d'une personne en tant qu'auteur principal est engagée lorsque ses organes ou représentants ont commis pour son compte, en tant qu'auteur principal, l'élément matériel et l'élément moral d'une infraction. À l'analyse, il semble qu'il manque deux des conditions essentielles à la mise en œuvre de la responsabilité de la société.

En premier lieu, il est probable qu'un chargé de clientèle ne peut pas être qualifié de « représentant » au sens de la responsabilité des personnes morales. En effet, l'article 121-2 du Code pénal dispose que les personnes morales sont responsables pénalement des infractions commises, pour leur compte, « par leurs organes ou représentants » et a été précisé par la jurisprudence. Désormais, il faut considérer que la personne qui bénéficie d'une délégation de pouvoirs a la qualité de « représentant » de la personne morale, ainsi que le représentant *ad litem*.

En l'espèce, un simple chargé de clientèle n'est certainement pas titulaire d'une délégation du pouvoir, et ne peut donc être qualifié d'organe au sens de l'article 121-2 du Code pénal.

En second lieu, l'infraction doit être commise pour le compte de la personne morale. Cette condition est de bon sens : la personne morale n'est pas engagée si l'organe ou le représentant a agi pour un tiers, ou contre l'intérêt de la personne morale.

En l'espèce, la personne physique qui a réalisé l'infraction a agi pour son propre compte, en détournant les sommes remises à la banque pour les déposer sur son compte personnel.

En conclusion, la responsabilité de la banque du Crédit Agricole ne peut être engagée.

2. La question de droit est celle du cumul de sanctions.

En droit, la pluralité de qualification peut survenir dans des cas très différents : le concours réel et le concours idéal.

Il y a concours réel d'infractions lorsque « une infraction est commise par une personne avant que celle-ci ait été définitivement condamnée pour une autre infraction » (article 132-2). Il s'agit d'une cascade d'infractions.

Il y a concours idéal ou cumul de qualifications lorsqu'un même acte a constitué plusieurs infractions. Par exemple, un dirigeant emprunte la voiture de la société pour partir en vacances, et tue un piéton. Il commet ainsi un abus de biens sociaux et un homicide par imprudence.

Dans les deux cas, y aura-t-il cumul d'infractions et donc cumul des peines comme aux États-Unis, où un individu qui aura commis cinq crimes pourrait être condamné à cent ans de réclusion ; ou au contraire, confusion des peines, c'est-à-dire non cumul des infractions de différentes incriminations ? Le droit français instaure un système mixte, identique pour le cumul réel ou le cumul idéal : en résumé, en cas de pluralité d'infractions en concours, chacune des peines encourues peut être prononcée, mais en cas de poursuite unique, il ne peut être prononcé qu'une seule peine de même nature, dans la limite du maximum légal le plus élevé. Par exemple, en cas de concours d'un abus de confiance (3 ans d'emprisonnement) et d'une escroquerie (5 ans d'emprisonnement), chacune de ces infractions étant de même nature (délit), la sanction est plafonnée à 5 ans, pour les deux infractions.

En l'espèce, le cumul est un cumul réel, et l'action étant probablement unique dès son origine, ou jointe en cours d'instruction, les peines ne se cumuleront pas.

3. La question de droit est celle du pouvoir du juge d'individualisation de la peine prévue par la loi.

En droit, l'article 132-4 rappelle le principe général de l'individualisation de la peine par le juge, qui doit déterminer la sanction en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur. Pouvoir extrême que celui de l'individualisation ! Un seul exemple : depuis le Nouveau Code pénal, l'indication du minimum des peines est supprimée. Le mécanisme des circonstances atténuantes n'a donc pas été maintenu. Les peines mentionnées par la loi sont des indications des peines maximum qui peuvent être appliquées. Entre ce maximum et un jour de prison ou un seul euro d'amende, assortis du sursis, les juges sont libres de décider, exerçant ainsi « une faculté discrétionnaire dont ils ne doivent aucun compte ». L'arbitraire du juge, qui caractérisait l'ancien régime est peu à peu reconstitué par la législation républicaine... Cette individualisation peut prendre deux voies différentes : le choix d'un type de sanction plutôt qu'un autre ; le choix du montant de la sanction choisie.

En l'espèce, le juge peut donc prononcer une sanction d'emprisonnement prévue par la loi, selon un quantum qu'il décide unilatéralement, sans le justifier d'ailleurs. Seul le principe d'un emprisonnement devra être motivé. Il peut aussi préférer ne prononcer qu'une amende, dans un montant qu'il choisira entre 1 euro et le maximum applicable, à l'incrimination maximale. Il peut aussi préférer à ces deux peines principales des peines alternatives tels la suspension de droit, la confiscation de véhicule ou... le travail d'intérêt général.

Remarques de méthode sur le cas pratique en droit pénal

Pour la résolution d'un cas pratique en droit pénal des affaires, droit pénal général et droit pénal spécial sont d'une égale importance. La réalisation d'un cas pratique fait nécessairement appel à une connaissance de l'un et de l'autre aspect du droit pénal. Ainsi, pour traiter un cas pratique de droit pénal, il peut parfois être souhaitable d'adopter pour rédiger la réponse un plan en deux parties : **1.** Les infractions commises. **2.** Les personnes punissables.

La première partie correspond aux incriminations, c'est-à-dire au droit pénal spécial, et doit être séparée en deux sous-parties : **a.** L'élément légal – la définition légale de l'incrimination – et **b.** L'élément matériel et moral – la qualification des faits de l'espèce.

La seconde partie seulement correspond au droit pénal général, car il faut déterminer qui, en l'espèce, est responsable pénalement : une personne physique, par exemple, un salarié, pour son fait personnel ; une personne physique, par exemple le chef d'entreprise, pour sa responsabilité pour autrui ; une personne morale, c'est-à-dire la société ; et déterminer si l'infraction est constituée, s'il y a complicité, par exemple celle de l'expert-comptable...

Exemple de délégation de pouvoir en matière d'hygiène et de sécurité

Délégation de pouvoir (hygiène et sécurité des salariés)

La société ..., représentée par M. ... délègue, en raison de ses compétences techniques et professionnelles à M. ..., ayant qualité de ..., de façon effective et permanente, tous pouvoirs pour assurer de la façon la plus efficace qui soit la sécurité des salariés placés sous ses ordres dans l'établissement...

À cet effet, la société ... met à la disposition de M. ... tous les moyens matériels, techniques et financiers nécessaires pour l'accomplissement de sa mission.

La société ... se réserve le droit de demander à M. ... des justificatifs de ses dépenses (mise en demeure de l'inspection du travail, directives ou normes fournies par l'INRS, analyses et recommandations du CHSCT, etc.).

M. ... est investi officiellement de l'autorité nécessaire à l'exercice de ses responsabilités en matière d'hygiène et de sécurité du travail.

Outre le respect de l'ensemble des prescriptions légales et réglementaires dans ce domaine, M. ... sera chargé de la surveillance, du suivi et de la bonne exécution des travaux concernant l'établissement ... (*ou unité, chantier, atelier*).

M. ... est habilité à prendre toutes les mesures d'organisation qu'il jugera nécessaires concernant l'établissement dont il est responsable ... (*ou unité, chantier, atelier*).

M. ... pourra, s'il le juge opportun, déléguer ses pouvoirs en matière d'hygiène et de sécurité aux cadres ou agents de maîtrise placés sous ses ordres à condition que ces derniers possèdent la compétence et l'autorité nécessaires, aient à leur disposition les moyens nécessaires, aient été prévenus et déclarent en connaître et accepter les conséquences.

M. ... s'engage à prendre toutes mesures utiles à l'accomplissement de sa mission et devra s'assurer qu'elles sont effectivement respectées.

M. ... déclare expressément accepter la délégation de pouvoirs qui lui est confiée par la société ... en toute connaissance de cause.

Il déclare en connaître et en accepter toutes les conséquences.

En cas de non-application de ses obligations et des dispositions ci-dessus, M. ... verra sa responsabilité engagée sur le plan pénal.

Date :
Signatures

2^e PARTIE : DROIT PÉNAL SPÉCIAL – LES INCRIMINATIONS

TITRE I. LA PROTECTION DE LA PERSONNE

CHAPITRE I. LES ATTEINTES À L'INTÉGRITÉ CORPORELLE

Ces incriminations sont très rarement appliquées dans le monde des affaires. Cependant, le droit pénal économique est marqué par un souci accru de la sécurité des produits et services offerts aux consommateurs.

« Le crime, en entendant cette expression dans un sens très général, peut être défini : un acte contre lequel la société réagit au moyen d'une peine. Le crime et la peine sont donc des phénomènes sociaux, soumis aux lois de la sociologie, et ainsi conditionnés par tous les changements apportés à l'organisation sociale, par exemple par les variations du milieu économique et, plus encore, par l'état des croyances morales et du degré de culture de chaque époque et de chaque peuple », (Émile Garçon, 1851-1922, *Le droit pénal, origines, évolution, état actuel*, Paris, Payot, 1922, p. 3).

Et les atteintes involontaires à la vie ou les atteintes involontaires à l'intégrité de la personne et les risques causés à autrui sont des infractions de droit commun très importantes en droit pénal du travail. Elles sont le seul moyen de lutter contre les accidents du travail, véritable mal français, les entreprises n'ayant pas de culture à la sécurité. Rappelons le nombre très élevé d'accidents du travail : 1,3 million d'accidents du travail en 1999, soit une hausse de 1,5 % en un an. De plus, 716 149 accidents ont entraîné un arrêt de travail de plus de 74 heures en hausse de 3,6 %. Le nombre d'accidents mortels est estimé à 732 en 1999, contre 695 en 1998. Pour les maladies professionnelles, 15 612 en 1999, dont les plus fréquentes sont les troubles péri-articulaires (56 % des cas), les troubles liés à l'amiante (10 % des cas), ou encore au bruit (3,6 % des cas). (CNAMaladie août 2000).

Aussi, ces incriminations de droit commun sont-elles spécialement adaptées par le Code du travail, qui prévoit, en plus, l'incrimination d'inobservation des règles d'hygiène et de sécurité par l'employeur, aux articles L. 263-2, 263-4 et 263-6. Ces incriminations sont soit des délits soit des contraventions, en fonction de la gravité du dommage causé et de la faute. Nous ne retiendrons que le délit de l'article L. 263 du Code du travail.

Section 1. L'homicide et les atteintes involontaires à l'intégrité de la personne

Article 221-6 du Code pénal

« Le fait de causer, dans les conditions et selon les distinctions prévues à l'article 121-3, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, la mort d'autrui constitue un homicide involontaire puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

En cas de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, les peines encourues sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende. »

Article 221-7 du Code pénal

« Les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2, de l'infraction définie à l'article 221-6.

Les peines encourues par les personnes morales sont :

- 1° l'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131-38 ;
- 2° les peines mentionnées aux 2°, 3°, 8° et 9° de l'article 131-39.

L'interdiction mentionnée au 2° de l'article 131-39 porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise.

Dans les cas visés au second alinéa de l'article 221-6, est en outre encourue la peine mentionnée au 4° de l'article 131-39. »

Article 221-8 du Code pénal

« Les personnes physiques coupables des infractions prévues au présent chapitre encourent également les peines complémentaires suivantes :

- 1° l'interdiction, suivant les modalités prévues par l'article 131-27, d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise ;
- 2° l'interdiction de détenir ou de porter, pour une durée de cinq ans au plus, une arme soumise à autorisation ;
- 3° la suspension, pour une durée de cinq ans au plus, du permis de conduire, cette suspension pouvant être limitée à la conduite en dehors de l'activité professionnelle ;
- 4° l'annulation du permis de conduire avec interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis pendant cinq ans au plus ;
- 5° la confiscation d'une ou de plusieurs armes dont le condamné est propriétaire ou dont il a la libre disposition ;
- 6° le retrait du permis de chasser avec interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis pendant cinq ans au plus. »

Article 222-19 du Code pénal

« Le fait de causer à autrui, dans les conditions et selon les distinctions prévues à l'article 121-3, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, une incapacité totale de travail pendant plus de trois mois est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.

En cas de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, les peines encourues sont portées à trois ans d'emprisonnement et à 45 000 euros d'amende. »

Article 222-20 du Code pénal

« Le fait de causer à autrui, par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, une incapacité totale de travail d'une durée inférieure ou égale à trois mois, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. »

Article 222-21 du Code pénal

« Les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2, des infractions définies aux articles 222-19 et 222-20.

Les peines encourues par les personnes morales sont :

- 1° l'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131-38 ;
- 2° les peines mentionnées aux 2°, 3°, 8° et 9° de l'article 131-39.

L'interdiction mentionnée au 2° de l'article 131-39 porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise.

Dans les cas visés au deuxième alinéa de l'article 222-19 est en outre encourue la peine mentionnée au 4° de l'article 131-39. »

Ces incriminations nécessitent un dommage et une faute. Quant au dommage, il doit être réalisé. La tentative n'est donc pas sanctionnée. L'infraction est punie différemment selon qu'une même faute a

causé la mort de la victime, ou une incapacité totale de travail plus ou moins longue, ou aucune ITT. Selon la durée de cette ITT, l'infraction sera un délit ou une contravention. La faute peut être, depuis la loi du 10 juillet 2000, soit directe soit indirecte (*voir série 07*). La causalité directe est une faute simple d'imprudence ou de négligence ou un manquement à une obligation de sécurité ou de prudence prévue par la loi ou le règlement. La causalité indirecte est la création ou la contribution à la création de la situation qui a permis la réalisation du dommage ou l'omission de prendre des mesures permettant de l'éviter. Il y a dans cette hypothèse une distance matérielle entre l'auteur de la faute et le dommage. Dans ce cas la faute exigée est plus grave que celle requise pour la causalité directe. Dans l'entreprise la responsabilité d'un salarié relève donc de la causalité directe, et celle du chef d'entreprise de la causalité indirecte. Le « lampiste » est plus facilement sanctionné que son chef ! (P. Conte, « Le lampiste et la mort », *Dr. pénal* 2001, *Chron.* n° 2). La faute exigée pour engager la responsabilité du chef d'entreprise est donc une faute qualifiée, en cas de responsabilité indirecte. Cette faute est constituée par exemple en cas d'accident corporel et d'absence d'établissement ou de remise d'un plan de sécurité en cas d'intervention de deux entreprises au moins sur un chantier (Cass. crim. 24 octobre 2000, *Bull. crim.* n° 308). Cette faute est donc caractérisée en ce cas d'absence de mesure prise pour éviter le dommage, en cas de création d'un risque. Cette faute est aussi caractérisée, autre exemple, lorsque le gérant avait décidé de laisser le blindage au dépôt, alors que son installation était prescrite sur le chantier par le décret du 8 janvier 1965 (Cass. crim. 12 sept. 2000, *Bull. crim.* n° 268). En ce cas, la faute est la création de la situation qui a permis la réalisation du dommage.

EXEMPLES

Ces incriminations ont plus particulièrement vocation à s'appliquer dans les rapports employeurs/salariés. Les accidents du travail sont en effet malheureusement très courants et leur pénalisation contribue à faire prendre conscience de l'importance de la prise en compte des règles d'hygiène et de sécurité dans les entreprises (cas 1), voire les relations interentreprises, sur des chantiers faisant appel à des sous-traitants (cas 2). Mais ces incriminations peuvent aussi sanctionner les relations entre producteur et consommateurs, ou entre la société et des tiers victimes d'actes de l'activité économique (cas 3).

Cas 1 : Les faits sont très simples : Dans le sous-sol d'une usine, le corps d'un salarié a été découvert au fond d'une cuve de récupération d'eaux du sol contenant des vapeurs toxiques et des boues acides. L'instruction a fait apparaître que la victime, compte tenu des fonctions occupées, pouvait être amenée à intervenir au niveau de la cuve, en raison de pannes fréquentes de pompes, comme cela s'est produit dans la nuit précédant la découverte du corps. Surtout, l'instruction a relevé l'absence de dispositif de fermeture interdisant l'accès à la cuve, l'omission d'indications affichées sur les conditions d'intervention dans ladite cuve, et l'absence de mesure de sécurité en méconnaissance des articles L. 230-2 et L. 233-2 du Code de travail. Enfin, le dirigeant de la société, personnellement mis en cause, n'avait pas mis en place une formation adéquate compte tenu du poste de travail. Les juges estiment que l'ensemble de ces manquements a concouru à la réalisation de l'accident, la cour d'appel a jugé le président de la société coupable d'homicide involontaire en ayant contribué à créer la situation ayant permis la réalisation du dommage et n'ayant pas pris les mesures permettant de l'éviter, commettant ainsi une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer, au sens de l'article 121-3, alinéa 4, du Code pénal, issu de la loi du 10 juillet 2000 (Cass. crim., 16 janv. 2001 [R.] ; M. [Juris-Data n° 008599] (pourvoi n° 00-82.402 P c/ CA Chambéry, ch. corr., 1^{er} mars 2000).

Cas 2 : Les faits sont plus complexes. Sur un chantier de construction navale, un salarié avait fait une chute mortelle d'une hauteur de 5,60 mètres lors de travaux de cheminée d'aération d'un navire. Or, le salarié n'était équipé d'aucun dispositif individuel de protection contre les chutes, tel un filet ou un harnais alors que la configuration des lieux ne rendait pas impossible l'installation d'un tel dispositif. Et ce, alors que le plancher de la plate-forme sur laquelle travaillait la victime était constitué d'un assemblage de madriers non fixés entre eux de sorte qu'un basculement de l'ensemble de l'échafaudage sous le poids d'un homme était très probable, qu'il aurait dû prendre toute mesure pour éviter tout basculement intempestif. La cour d'appel constatant que l'employeur n'avait pas pris les

mesures permettant d'éviter le dommage et donc avait commis une faute caractérisée qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer, a donc retenu la responsabilité pénale de l'employeur. La Cour de cassation a confirmé l'arrêt d'appel, estimant que la cour avait justifié sa décision tant au regard de l'article 221-6 du Code pénal et de l'arrêt du 21 septembre 1982, qu'au regard de l'article 121-3 du Code pénal dans sa rédaction issue de la loi du 10 juillet 2000. Cass. crim., 16 janv. 2001 [R.] ; G. [Juris-Data n° 008525] (pourvoi n° 00-82.274 P+F c/ CA Douai, 6^e ch., 18 janv. 2000). Mais les mêmes faits avaient fait l'objet d'une seconde poursuite, contre le donneur d'ordre du sous-traitant cette fois, en la personne d'un chef de chantier titulaire d'une délégation de pouvoir en matière de sécurité, car il n'avait pas, en application de l'article 4 du décret du 29 novembre 1977, pris l'initiative, avant le début des travaux, de définir en commun avec le sous-traitant les mesures de sécurité à prendre en vue d'éviter les risques professionnels, et n'a pas organisé l'inspection commune des lieux de travail. Certes, un procès-verbal définissant les mesures de sécurité avait été signé entre le donneur d'ordre et la société utilisatrice, les travaux excédant quatre cents heures, mais un tel procès-verbal aurait dû être établi, entre le donneur d'ordre et son sous-traitant, quel que soit le nombre d'heures de travail nécessaires. Enfin, la victime avait travaillé sur des installations montées par les salariés du donneur d'ordre, sans être informée des risques particuliers d'accident et des mesures de prévention. Le donneur d'ordre n'a donc pas pris les mesures qui eussent permis d'éviter le dommage et a commis une faute caractérisée exposant autrui à un risque d'une particulière gravité qu'il ne pouvait ignorer.

Cas 3 : Les faits sont plus inhabituels car les victimes sont des clients de l'entreprise, voire des tiers : à la suite d'une avalanche ayant traversé le domaine skiable, plusieurs skieurs ont été emportés et sont morts. Or, les dirigeants de la société exploitant les pistes avaient pris la décision d'ouverture de la piste en l'absence de purge à l'explosif des secteurs d'avalanche, alors même que la situation nivologique (enneigement) était suffisamment claire pour prévoir l'existence de plaques dangereuses. Dès lors, les juges ont constaté une faute de négligence de la société, commise en son nom par ses représentants, les dirigeants sociaux. En l'occurrence, la prévenue avait l'obligation de sécuriser l'espace skiable conformément aux données actuelles de la science et de la technique. Il y a eu une erreur manifeste d'appréciation de la sécurité des pistes constituant une faute pénale commise par les représentants de la société, en l'espèce le directeur des pistes et le responsable du secteur où s'est produit l'avalanche. Aucune exonération tirée de l'application de l'article L. 131-2, § 1, alinéa 6, du Code des communes qui confie au maire la prévention des avalanches ne saurait être admise dès lors que cette disposition ne dispense pas les titulaires de la délégation de service public d'exploitation des pistes d'accomplir les vérifications de sécurité (CA Grenoble, ch. corr., 25 févr. 1998 ; Cts Aussedat c/ Reverbel et a. [Juris-Data n° 041142]).

Section 2. La mise en danger d'autrui

Article 223-1 du Code pénal

« Le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. »

La mise en danger d'autrui se distingue de l'homicide et des atteintes à l'intégrité de la personne en ce qu'elle est punie en l'absence même de résultat. C'est en effet la répression d'un état dangereux, une sorte de « tentative » par imprudence d'homicide ou d'atteinte à l'intégrité de la personne.

Élément matériel : la mise en danger se définit comme une exposition directe d'autrui à un risque immédiat de mort ou de blessure de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente, par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou un règlement. Par exemple un garagiste prêtant un véhicule en très mauvais état (Trib. corr. Amiens, 1998). Autre exemple, une entreprise de transport qui admet sur un navire prévu pour 600 passagers 112 passagers en surnombre (Cass. crim. 1998). Depuis l'arrêt du 16 février 1999, Cour

de cassation, chambre criminelle (D. 2000, jur. p. 9 note Cerf), les juges ne sont pas tenus de constater que l'auteur du délit a eu connaissance de la nature du risque particulier effectivement causé par son manquement.

L'élément moral de l'infraction est donc réduit à la violation délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence, sans que le juge ait à vérifier chez le fautif la conscience réelle du risque causé. Un arrêt du 6 juin 2000, cassation chambre criminelle (Bull. crim. n° 213) admet que le supérieur hiérarchique du conducteur poursuivi comme auteur du délit de mise en danger d'autrui soit qualifié de complice pour l'avoir incité à ne pas respecter un feu rouge.

EXEMPLE

Le salarié, chauffeur de tractopelle, était occupé à l'aménagement d'un chemin au moyen d'une pelle mécanique. Il estima qu'il existait une situation dangereuse en raison d'un risque d'effondrement et arrêta de travailler, exerçant son droit de retrait. Il a été alors licencié pour avoir refusé de poursuivre son travail malgré l'ordre du chef de chantier. Or, il résultait du rapport de l'expert commis par le procureur de la République que, d'une part, « l'enrochement réalisé était de mauvaise qualité du fait du choix et de la disposition des blocs de pierre entraînant des possibilités de glissement de certains d'entre eux », que, d'autre part, « compte tenu de la largeur du chemin, le passage avec la pelle mécanique était possible, mais proscrit du fait des inévitables écarts pour les manœuvres », enfin, que le salarié « avait des motifs légitimes de croire à un danger possible », retenu notamment qu'il était exclu que celui-ci ait eu un motif raisonnable de penser que le passage de la pelle mécanique sur l'enrochement qu'il venait de réaliser présentait un danger grave et imminent de renversement et, par voie de conséquence, pour sa vie. La Cour de cassation a donc estimé que la cour d'appel avait à tort relaxé le prévenu du chef de mise en danger de la personne, Cass. crim., 8 oct. 2002 [C. part.] ; G. [Juris-Data n° 2002-015970] (pourvoi n° 01-85.550 P+F c/ CA Nîmes, ch. corr., 22 juin 2001).

Section 3. Le non-respect d'une règle de sécurité (le délit de l'article L. 263-2 du Code du travail)

I. Élément légal

Article L. 263-2 du Code du travail

« Les chefs d'établissement, directeurs, gérants ou préposés qui, par leur faute personnelle, ont enfreint les dispositions des chapitres I, II et III du titre III du présent livre ainsi que les autres personnes, qui, par leur faute personnelle, ont enfreint les dispositions des articles L. 231-6, L. 231-7, L. 232-2, L. 233-5-1, II, L. 233-5-3 et L. 233-7 dudit livre et des décrets en Conseil d'État pris pour leur exécution sont punis d'une amende de 3 750 euros.

L'amende est appliquée autant de fois qu'il y a de salariés de l'entreprise concernés par la ou les infractions relevées dans le procès-verbal visé aux articles L. 611-10 et L. 611-13.

Conformément à l'article 132-3 du Code pénal, le cumul des peines prévues au présent article et à l'article L. 263-4 avec les peines de même nature encourues pour les infractions prévues par les articles 221-6, 222-19 et 222-20 du Code pénal ne peut dépasser le maximum légal de la peine de même nature la plus élevée qui est encourue. »

Cet article renvoie à d'autres articles de la partie législative du Code du travail pour la définition de l'infraction :

L. 231-6 vise l'étiquetage et l'emballage des substances dangereuses dans l'entreprise ; L. 231-7 vise l'autorisation préalable à leur fabrication ; L. 232-2 vise la présence d'alcool dans l'entreprise ; L. 233-5 vise la sécurité des équipements de travail (machines...), et les protections individuelles des salariés, et des livraisons.

Et la jurisprudence admet que ce renvoi emporte renvoi aux règlements d'application. En revanche, l'article L. 263-2 du Code du travail ne peut conduire à sanctionner pénalement l'inobservation de prescriptions d'hygiène et de sécurité qui seraient contenues dans une convention collective de travail.

II. Élément matériel

Cet élément matériel est le plus souvent la violation d'une obligation de résultat, celle qui impose à son débiteur une vigilance maximale. L'arrêt de la Cour de cassation, Chambre criminelle, en date du 28 avril 1975 est exemplaire (Bull. crim. n° 111) : à la suite d'un accident mortel sur un chantier de démolition, le chef d'entreprise, employeur de la victime, est poursuivi devant le tribunal correctionnel pour infraction au Code du travail. Les juges du fond prononcent la relaxe au motif que l'effondrement, cause de la mort de l'ouvrier, n'était pas la conséquence de la démolition. La Cour de cassation casse cette décision, rappelant que selon l'article 103 du décret du 8 janvier 1965 « Lorsque, par suite de la démolition de certains éléments d'un ouvrage, l'équilibre des parties restantes paraît compromis, des mesures telles que la pose d'étais doivent être prises pour mettre les travailleurs à l'abri de tout risque d'écroulement ». Pour la Cour de cassation, la question n'était donc pas de savoir si l'accident était la conséquence directe de la démolition, mais si, indépendamment de l'accident et avant qu'il ne se fut produit, il n'y avait pas lieu de redouter que l'équilibre des parties restantes ne se trouve compromis et de prendre par conséquent immédiatement des mesures de sécurité. Pour A. Cœuret et E. Fortis, « l'obligation réglementaire de sécurité, en l'occurrence obligation de faire, est violée dès l'apparition du risque et que c'est ce moment précis qu'il convient de retenir comme constituant l'omission coupable » (*op. cit.* p. 242, n° 576).

III. Élément moral

En matière d'hygiène et de sécurité du travail, le simple constat qu'une prescription obligatoire n'a pas été respectée suffit, en principe, à caractériser la faute en même temps que l'élément matériel de l'infraction. Ces infractions sont donc des délits matériels, aucune intention coupable n'était requise comme élément moral de l'infraction.

CHAPITRE 2. LES INFRACTIONS AUX DROITS FONDAMENTAUX DE LA PERSONNE

Ces infractions sont récentes, et de plus en plus utilisées en pratique par les salariés. Ce sont les discriminations et les harcèlements.

Section 1. La discrimination

La discrimination est une distinction opérée par l'employeur entre ses salariés, non fondée par l'intérêt de l'entreprise mais par un motif illicite visé par la loi.

Mais la liste de ces motifs est disséminée dans des textes très différents, dont les dispositions divergent d'ailleurs. Ainsi, la liste de ces motifs est plus large dans l'incrimination du Code pénal que dans celle du Code du travail, et les sanctions diffèrent. La loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations a voulu lutter contre cette dispersion.

Le nouvel article **L. 122-45** est désormais l'article fondamental qui envisage à la fois les mesures discriminatoires et les critères de discrimination. Il dispose : « Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de

contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son patronyme ou, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail dans le cadre du titre IV du livre II du présent code, en raison de son état de santé ou de son handicap.

Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire visée à l'alinéa précédent en raison de l'exercice normal du droit de grève.

Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné des agissements définis aux alinéas précédents ou pour les avoir relatés.

En cas de litige relatif à l'application des alinéas précédents, le salarié concerné ou le candidat à un recrutement, à un stage ou à une période de formation en entreprise présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. La réforme de 2002 permet aux organisations syndicales représentatives au plan national, départemental ou dans l'entreprise une action de substitution naissant de l'article L. 122-45 nouveau du Code du travail. Cette action pourra être exercée, par exemple, en faveur d'un candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou d'un salarié de l'entreprise. Son régime est le régime commun à toutes les actions de substitution : un mandat de l'intéressé n'est pas nécessaire, ce dernier doit avoir été averti par écrit et ne pas s'être opposé à l'action dans un délai de quinze jours à compter de la notification de son intention d'agir par l'organisation syndicale. L'intéressé peut toujours intervenir à l'instance engagée par le syndicat mais contrairement aux actions de substitution actuelles, il ne peut mettre fin à l'action. Toute disposition ou tout acte contraire à l'égard d'un salarié est nul de plein droit. »

Cependant, les différents textes subsistent, car il existe aussi des dispositions particulières relatives aux discriminations fondées sur le sexe ou la situation de famille (C. trav., art. L. 123-1 et s. et L. 140-2) ou l'appartenance à un syndicat ou l'exercice d'une activité syndicale (C. trav., art. L. 412-2) qui font double emploi avec l'article L. 122-45. L'article L. 611-9 du Code du travail permet à l'inspecteur du travail de se faire communiquer tout document ou tout élément d'information, quel qu'en soit le support, utile à la constatation de faits susceptibles de permettre d'établir l'existence ou l'absence d'une méconnaissance des articles L. 122-45, L. 123-1 (discrimination en raison du sexe ou de la situation de famille) et L. 412-2 (discrimination syndicale) du Code du travail et de l'article 225-2 du Code pénal.

De plus, cette modification du Code du travail a entraîné une modification des articles 225-1 et 225-2 du Code pénal. La loi a ajouté aux critères existants ceux de l'apparence physique, du patronyme, de l'orientation sexuelle et de l'âge pour les distinctions opérées tant entre les personnes physiques (C. pén., art. 225-1, al. 1) qu'entre les personnes morales en raison d'une qualité de leurs membres (C. pén., art. 225-1, al. 2). La loi a aussi comblé le retard du droit pénal sur le droit du travail en ajoutant à la liste d'actes de discrimination le refus d'embauche, la sanction ou le licenciement d'une personne en vertu d'un critère discriminatoire (C. pén., art. 225-2, 3°), les demandes de stage en entreprise et celles visées à l'article L. 412-8 du Code de la Sécurité sociale ou les périodes de formation en entreprise (C. pén., art. 225-2, 5° et 6°).

Article 225-1 du Code pénal

« Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur

appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.

Constitue également une discrimination toute distinction opérée entre les personnes morales à raison de l'origine, du sexe, de la situation de famille, de l'apparence physique, du patronyme, de l'état de santé, du handicap, des caractéristiques génétiques, des mœurs, de l'orientation sexuelle, de l'âge, des opinions politiques, des activités syndicales, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée des membres ou de certains membres de ces personnes morales. »

Article 225-2 du Code pénal

« La discrimination définie à l'article 225-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende lorsqu'elle consiste :

- 1° à refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ;
- 2° à entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ;
- 3° à refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ;
- 4° à subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ;
- 5° à subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1.
- 6° à refuser d'accepter une personne à l'un des stages visés par le 2° de l'article L. 412-8 du Code de la Sécurité sociale. »

Article 225-3 du Code pénal

« Les dispositions de l'article précédent ne sont pas applicables :

1° Aux discriminations fondées sur l'état de santé, lorsqu'elles consistent en des opérations ayant pour objet la prévention et la couverture du risque décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité. Toutefois, ces discriminations sont punies de peines prévues à l'article précédent lorsqu'elles se fondent sur la prise en compte de tests génétiques prédictifs ayant pour objet une maladie qui n'est pas encore déclarée ou une prédisposition génétique à une maladie ;

2° Aux discriminations fondées sur l'état de santé ou le handicap, lorsqu'elles consistent en un refus d'embauche ou un licenciement fondé sur l'inaptitude médicalement constatée soit dans le cadre du titre IV du livre II du Code du travail, soit dans le cadre des lois portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique ;

3° Aux discriminations fondées, en matière d'embauche, sur le sexe lorsque l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue, conformément aux dispositions du Code du travail ou aux lois portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique, la condition déterminante de l'exercice d'un emploi ou d'une activité professionnelle. »

La loi du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure a réécrit l'article 225-13 du Code du travail : « Le fait d'obtenir d'une personne dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur, la fourniture de services non rétribués ou en échange d'une rétribution manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli est puni de cinq ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende. » C'est la discrimination dans la rémunération, en raison d'une vulnérabilité, qui est sanctionnée.

L'article 225-14 sanctionne l'ensemble des conditions de travail ou d'hébergement attentatoire à la dignité : « Le fait de soumettre une personne, dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur, à des conditions de travail ou d'hébergement incompatibles avec la dignité humaine est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende. » C'est l'ensemble des conditions de travail et d'hébergement qui est alors visé par le texte pénal.

Ces deux derniers articles avaient, dans l'esprit du législateur, pour objectif de « sanctionner plus sévèrement les « marchands de sommeil » et autres personnes exploitant des travailleurs en situation irrégulière, même si ces incriminations protègent de façon générale toute personne vulnérable ou en situation de dépendance, et notamment de dépendance économique » (Circulaire 1993, n° 193).

Et de fait, ces articles ont été utilisés par les juges pour sanctionner plus largement les conditions de travail « indignes », c'est-à-dire l'atteinte à la dignité humaine : « Se rend coupable de soumission de personnes vulnérables ou dépendantes à des conditions de travail incompatibles avec la dignité humaine, le dirigeant d'atelier qui dirige ses salariés en ayant recours à des hurlements permanents, leur faisant subir des vexations par des insultes publiques ou des procédés inadmissibles pour les humilier, ainsi que des cadences et des conditions matérielles faisant d'eux le « prolongement de la machine-outil » » (Cass. crim. 4 mars 2003, JCP 2003, IV, 1804).

Section 2. Le harcèlement sexuel

Article 222-33 du Code pénal

« Le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. »

Article L. 122-46 du Code du travail

« Aucun salarié, aucun candidat à un recrutement, à un stage ou à une période de formation en entreprise ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir subi ou refusé de subir les agissements de toute personne dont le but est d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers.

Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné des agissements définis à l'alinéa précédent ou pour les avoir relatés.

Toute disposition ou tout acte contraire est nul de plein droit. »

En 1992, la loi instituant le Nouveau Code pénal introduit un article visant le harcèlement sexuel, la loi du 2 novembre 1992 relative à l'abus d'autorité en matière sexuelle dans les relations de travail étant quant à elle codifiée à l'article L. 152-1 du Code du travail. Les deux articles définissaient alors, à l'époque, le harcèlement sexuel comme l'abus d'une autorité conférée par les fonctions afin d'obtenir des faveurs de nature sexuelle.

La loi du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes (loi n° 2001-397 du 9 mai 2001, JO 10 mai 2001) a complété diverses dispositions éparses constituant le droit de l'égalité hommes-femmes. Mais, surtout, le délit de harcèlement sexuel est précisé. Le champ de l'interdiction du harcèlement sexuel dans les relations de travail prévu à l'article L. 122-46 du Code du travail est élargi. Quant aux personnes protégées : le salarié, mais aussi le candidat à un recrutement, le stagiaire. Quant aux actes interdits s'ils visent à exercer des pressions de nature sexuelle : les sanctions et le licenciement, mais aussi toute décision en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de promotion professionnelle, de mutation, ou de renouvellement de contrat. Les syndicats peuvent exercer en justice toutes actions visant à sanctionner ces dispositions, sans avoir à justifier d'un mandat du salarié harcelé.

La loi du 17 janvier 2002 conçoit aujourd'hui un tel harcèlement sans référence à l'abus d'autorité et sans exiger des ordres, menaces, etc., matérialisant le harcèlement (V. avant la réforme, Cass. crim., 30 mai 2000 : Bull. crim, n° 208). Aujourd'hui, le harcèlement sexuel peut être commis « par toute personne » si bien, que dans l'entreprise, le harcèlement entre collègues de même rang hiérarchique ou commis par un salarié d'un niveau hiérarchique inférieur au harcelé peut être sanctionné pénalement.

Élément matériel :

L'auteur du harcèlement : l'article 222-46 ne concevait le harcèlement sexuel que dans les relations d'autorité. Cette autorité était celle du chef d'entreprise, ou d'un cadre, ou tout au moins du supérieur hiérarchique doté d'une délégation de pouvoir qui lui permet de réaliser l'un des actes énumérés : embauche... Cela n'est plus le cas avec la loi du 17 janvier 2003 : « toute personne » peut désormais commettre le harcèlement.

Les agissements punissables pouvaient être de deux sortes. D'une part, le harcèlement lui-même. L'article 222-33 du Code pénal résume l'utilisation abusive de l'autorité en vue d'obtenir des faveurs de nature sexuelle par « ordres, menaces, contraintes et pressions », l'article L. 123-1 donnant une liste plus longue d'agissements, précédée de l'adverbe « notamment », ce qui ne donne pas à cette liste un caractère limitatif. La référence à cette liste a disparu depuis la loi du 17 janvier 2003. D'autre part, les suites du harcèlement. L'article L. 152-1 sanctionne en effet la prise en considération des faits de harcèlement dans une décision prise par l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction.

Élément moral :

L'élément moral est l'utilisation abusive dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle.

Section 3. Le harcèlement moral

Insultes, brimades, sanctions injustifiées, suppressions d'avantages sans raison, changements de bureau, d'attributions, mutations, refus de communiquer, refus de donner du travail, mise « au placard », mise « à l'index » ou au contraire, surcharge de travail pour pousser le salarié à la faute, pour le persuader de son inefficacité, ... Et en conséquence, dépressions, maladies, démissions, suicides... Selon la Fondation de Dublin, 9 % des salariés seraient victimes de harcèlement moral en Europe. Ce qui semblait normal apparaît aujourd'hui insoutenable à bien des salariés et des actions devant les conseils de prud'hommes, voire les tribunaux correctionnels se multiplient... Yahoo France sélectionne déjà huit sites d'associations ou d'avocats dédiés au harcèlement moral. Et après les écrivains, les associations de salariés, les syndicats, certains juges, et même le législateur, tentent de donner force positive à ce qui n'était qu'un sentiment. L'étonnant succès du livre de Madame Marie-France Hirigoyen¹¹⁴ témoigne de ce sentiment de refus.

Le droit est en effet réticent à tout ce qui est nouveau. L'incertitude la plus totale caractérise la définition du harcèlement, auparavant nommé « *mobbing* ». Pour Heinz Leymann, professeur à l'Université de Stockholm, « le concept de *mobbing* définit l'enchaînement, sur une assez longue période, de propos et d'agissements hostiles, exprimés ou manifestés par une ou plusieurs personnes envers une tierce personne. Par extension, le terme s'applique aussi aux relations entre les agresseurs et leur victime »¹¹⁵. Cette définition est accompagnée d'une liste de quarante-cinq agissements susceptibles de caractériser la mise en place d'un *mobbing* ! À l'identique, la Commission nationale consultative des droits de l'homme a adopté le 29 juin 2000 un avis portant sur le harcèlement moral dans les relations de travail. Pour la Commission, il existe plusieurs formes de harcèlement, notamment :

- un harcèlement institutionnel qui participe d'une stratégie de gestion de l'ensemble du personnel,
- un harcèlement professionnel organisé à l'encontre d'un ou plusieurs salariés, précisément désignés, destiné à contourner les procédures légales de licenciement,
- un harcèlement individuel, pratiqué dans un but purement gratuit de destruction d'autrui et de valorisation de son propre pouvoir...

¹¹⁴. Marie-France Hirigoyen, *Le harcèlement moral, la violence perverse au quotidien*, Syros, 1998.

¹¹⁵. Heinz Leymann, *Mobbing, la persécution au travail*, Le Seuil, 1996.

Le phénomène est donc complexe ! Il s'agit de vexations, de mises à l'écart, de menaces, de contraintes, de pressions de toute nature, systématiques et répétées, de mesures d'organisation du travail portant atteinte ou provoquant une dégradation des conditions de travail.

Certes, Madame Hirigoyen a déjà donné une **première définition du harcèlement** : « Toute conduite abusive se manifestant notamment par des comportements, des paroles, des actes, des gestes, des écrits, pouvant porter atteinte à la personnalité, à la dignité ou à l'intégrité physique ou psychique d'une personne, afin de mettre en péril l'emploi de celle-ci ou dégrader le climat de travail. » Et cette définition a été reprise dans l'exposé des motifs de la proposition de loi déposée par le groupe communiste qui suggère lui aussi de définir le harcèlement moral au travail comme « une dégradation délibérée des conditions de travail. ». Mais cette proposition de loi fait à la fois référence à l'exécution de bonne foi du contrat de travail, à la dignité de la personne, et à la sécurité au travail... Un flou peu compatible avec le principe de sécurité juridique règne actuellement quant à la notion même, et *a fortiori* quant à son régime. Or, ce sont à la fois les salariés et les employeurs qui peuvent souffrir de cette absence de définition juridique du harcèlement moral. Est-ce une faute contractuelle ou délictuelle ? Une atteinte à la dignité de la personne ? Une atteinte à sa sécurité ? Ou encore, plus certainement, un abus du pouvoir de direction ? Retenons que la loi de modernisation a introduit la notion à l'article L. 122-48 du Code du travail, sans la définir : « aucun salarié ne doit subir les agissements répétés du harcèlement moral d'un employeur, de son représentant ou de toute personne abusant de l'autorité que lui confère ses fonctions, qui ont pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer des conditions de travail humiliantes ou dégradantes ». Mais cette réforme n'en a pas fait une incrimination pénale !

Cependant, le harcèlement moral peut être sanctionné pénalement indirectement, par deux qualifications générales, et une qualification spéciale.

I. Le harcèlement moral, une atteinte à la dignité de la personne

La jurisprudence fait souvent référence à cette dimension du harcèlement moral. Et elle se fonde alors implicitement, ou explicitement, sur diverses règles de droit. D'abord, le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel. Ensuite, l'article 26 de la Charte sociale européenne (révisée), Conseil de l'Europe 3 mai 1996, ratifiée par la France, stipule : « En vue d'assurer l'exercice effectif du droit de tous les travailleurs à la protection de leur dignité au travail, les parties s'engagent en consultation avec les organisations d'employeurs et de travailleurs : (...) à promouvoir la sensibilisation, l'information et la prévention en matière d'actes condamnables ou explicitement hostiles et offensifs dirigés de façon répétée contre tout salarié sur le lieu de travail ou en relation avec le travail, et à prendre toute mesure appropriée pour protéger les travailleurs contre de tels comportements. » L'article 26 de l'annexe de cette charte précise que le paragraphe 2 ne couvre pas le harcèlement sexuel. Il ne peut donc s'agir que du harcèlement psychologique. Puis l'article L. 120-2 du Code du travail : « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché. » Enfin, dans un nouveau chapitre 2 du titre II du Nouveau Code pénal intitulé : « Des atteintes à la dignité de la personne », se trouvent inclus les articles 225-14 et 225-16 visant expressément les conditions d'exécution du contrat de travail : soumettre une personne en abusant de sa vulnérabilité ou de sa situation de dépendance à des conditions de travail incompatibles avec la dignité humaine. Le délit est puni de deux ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

Mais ce fondement est des plus incertains. D'une part, la définition de la « dignité du salarié » est des plus floues¹¹⁶. D'autre part, le problème majeur du harcèlement est celui de sa preuve en justice. Là

¹¹⁶. Olivier de Tissot, *Pour une analyse juridique du concept de « dignité du salarié »*, Droit social, 1995, p. 72.

encore, ce problème est-il propre au harcèlement, ou au droit du travail en général ? En droit du travail, la règle de bon sens *actori incumbit probatio* (celui qui demande en justice que soit appliqué le droit doit apporter les preuves des faits qui fondent son allégation) est en effet d'une application très rude pour le salarié. La notion de discrimination peut alors être très efficacement utilisée en matière de harcèlement pour renverser en partie la charge de la preuve, à l'imitation de la dernière jurisprudence de la Cour de cassation, exprimée par un arrêt du 28 mars 2000. « Il appartient au salarié syndicaliste qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire de soumettre au juge les éléments de fait, susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement. Il incombe à l'employeur ... d'établir que la disparité de situation constatée est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur l'appartenance à un syndicat. »¹¹⁷

II. *Le harcèlement moral, une atteinte à la sécurité du salarié*

Les atteintes involontaires à la vie ou les atteintes involontaires à l'intégrité de la personne et les risques causés à autrui peuvent être utilisés en matière de harcèlement. Ces infractions de droit commun sont très importantes en droit pénal du travail, et spécialement adaptées par le Code du travail, qui prévoit, en plus, l'incrimination d'inobservation des règles d'hygiène et de sécurité par l'employeur, aux articles L. 263-2, 263-4 et 263-6.

Mais il ne faut pas oublier que la première décision de droit pénal du travail qui sanctionna une affaire dramatique de harcèlement (suicide) utilisa le délit d'entrave aux fonctions de représentation pour sanctionner le harcèlement d'un salarié représentant du personnel au comité d'entreprise¹¹⁸. Ainsi, en droit pénal, il n'existe pas d'incrimination propre au harcèlement, et il est parfois nécessaire d'utiliser des incriminations subsidiaires.

III. *Le harcèlement moral, une incrimination spéciale*

La loi du 17 janvier 2002 (loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, *JO* numéro 15 du 18 janvier 2002 page 1008) a enfin introduit une nouvelle sanction pénale applicable dans la relation de travail : le délit de harcèlement moral. La pratique était bien connue dans de nombreuses entreprises : insultes, brimades, sanctions injustifiées, suppressions d'avantages sans raison, changements de bureau, d'attributions, mutations, refus de communiquer, refus de donner du travail, mise « au placard », mise « à l'index » ou au contraire, surcharge de travail pour pousser le salarié à la faute, pour le persuader de son inefficacité, ou pour qu'il démissionne. Le législateur a décidé d'interdire cette pratique, et de la qualifier de faute pénale. Le texte de l'incrimination doit être étudié avec attention tant en raison de la complexité des mesures de protection et de sanction qu'il institue que de l'importance pratique qu'il va revêtir dans l'entreprise.

La définition légale du harcèlement moral

Cette définition est double. Dans le Code pénal d'abord, l'article 222-33-2 définit le harcèlement moral comme « le fait de harceler autrui par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel ». Dans le Code du travail, l'article L. 122-49 définit le harcèlement à l'identique de l'incrimination pénale : « Aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel.

¹¹⁷. Jean-Emmanuel RAY, *Le harcèlement moral sous l'œil des juges*, Liaison sociale magazine, mai 2000, p. 68.

¹¹⁸. Cass. Chambre criminelle, 10 décembre 1970, ministère public c/Bosc, texte de l'arrêt *in* Droit ouvrier, cité *supra*.

L'élément matériel du harcèlement moral

La définition est complexe mais il semble que le harcèlement est constitué par des agissements répétés, à la différence du harcèlement sexuel, sans que les actes répétés soient nécessairement identiques. En second lieu, le comportement de harcèlement se caractérise à partir de ses conséquences, d'avoir pour « objet ou effet » une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à la dignité, d'altérer la santé physique ou mentale ou de compromettre l'avenir professionnel.

L'élément moral de harcèlement moral : l'infraction est intentionnelle, la preuve de cette intention n'étant pas évidente.

Les sanctions en droit du travail

En droit du travail, la principale protection du salarié est la nullité de tous les actes constitutifs d'un harcèlement moral, tel un acte d'avancement, ou tel le licenciement ou de la démission qui serait la conséquence d'un harcèlement. Rappelons que cette nullité en droit civil est un anéantissement de l'acte, suivie d'une remise en l'état, ce qui se traduit en droit du travail par exemple par un droit à la reconstitution de la carrière après annulation de l'acte d'avancement ou de « mise au placard », ou un droit de réintégration du salarié après l'annulation de l'acte de rupture du contrat. L'article L. 122-49 du Code du travail précise en effet désormais : « Toute rupture du contrat de travail qui en résulterait, toute disposition ou tout acte contraire est nul de plein droit. ».

L'action en annulation est bien évidemment ouverte au salarié victime du harcèlement, mais aussi aux syndicats. L'article L. 122-53 précise en effet que les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise peuvent exercer en justice toutes les actions qui naissent de l'article L. 122-46 et de l'article L. 122-49 en faveur d'un salarié de l'entreprise, sous réserve qu'elles justifient d'un accord écrit de l'intéressé. L'intéressé peut toujours intervenir à l'instance engagée par le syndicat et y mettre fin à tout moment.

Un mécanisme de médiation est toutefois prévu pour ne pas en arriver à un contentieux. Toute personne de l'entreprise s'estimant victime de harcèlement moral ou sexuel peut saisir un médiateur choisi en dehors de l'entreprise sur une liste de personnalités désignées en fonction de leur autorité morale et de leur compétence dans la prévention du harcèlement moral ou sexuel.

La procédure de médiation peut être également mise en œuvre par la personne mise en cause (loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003 ; art. 5, *Journal officiel* du 4 janvier 2003). Les listes de médiateurs sont dressées par le représentant de l'État dans le département après consultation et examen des propositions de candidatures des associations dont l'objet est la défense des victimes de harcèlement moral ou sexuel et des organisations syndicales les plus représentatives sur le plan national. Le médiateur convoque les parties qui doivent comparaître en personne dans un délai d'un mois. En cas de défaut de comparution, il en fait le constat écrit qu'il adresse aux parties. Le médiateur s'informe de l'état des relations entre les parties, il tente de les concilier et leur soumet des propositions qu'il consigne par écrit en vue de mettre fin au harcèlement. En cas d'échec de la conciliation, le médiateur informe les parties des éventuelles sanctions encourues et des garanties procédurales prévues en faveur de la victime.

Cette procédure présente un grand intérêt pour les deux parties, qui ont tout intérêt à éviter un recours au juge. En effet, en cas de litige, le salarié va présenter aux juges des éléments de fait laissant supposer l'existence d'un harcèlement. Or la loi prévoit en matière de harcèlement un renversement du risque de la preuve, car, au vu de ces éléments, « il incombe à la partie défenderesse (c'est-à-dire l'employeur ou l'un de ses salariés !) de prouver que ses agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ». Cette solution est justifiée par les difficultés que rencontrent les victimes de

harcèlement à apporter la preuve de celui-ci, tout spécialement lorsqu'il résulte d'une politique habituelle de l'employeur (dite mobbing).

Ces dispositions profitent aux salariés, mais aussi aux agents non titulaires de droit public, et aux fonctionnaires.

Les sanctions pénales

L'article 222-33-2 du Code pénal prévoit désormais que « Le fait de harceler autrui... est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ». La peine est donc une peine correctionnelle, relevant de la compétence du tribunal correctionnel. Tout salarié peut être responsable pénalement, qu'il ait agi de sa propre initiative, ou qu'il ait été incité à agir par la direction de l'entreprise. Un cadre, supérieur hiérarchique du harceleur, voire le chef d'entreprise, peuvent être condamnés à la même peine que celui-ci sur le fondement de la complicité (par exemple, complicité par instigation). Le chef d'entreprise peut aussi être sanctionné sur le fondement de la responsabilité du fait d'autrui.

EXEMPLES

Cas 1

Le premier arrêt de cassation donne une idée de l'application par les juges de l'incrimination de harcèlement (arrêt du 27 octobre 2004, arrêt n° 2071 F-P+B, la société Mât de misaine). La société Mât de misaine avait formé un pourvoi contre un arrêt rendu le 27 novembre 2003 par la cour d'appel de Rennes (8^e Chambre prud'homale), au profit de M^{me} Claudie Pouvreau. M^{me} Pouvreau avait été engagée par la société Mât de misaine le 2 novembre 2000 par contrat à durée déterminée en qualité d'animatrice de magasin. Son contrat de travail a été renouvelé le 31 janvier 2001 pour une durée de onze mois. La salariée a ensuite saisi la juridiction prud'homale de demandes de requalification de son contrat de travail en contrat à durée indéterminée et en paiement de diverses indemnités notamment pour harcèlement moral. L'arrêt attaqué (Rennes, 27 novembre 2003) avait retenu l'existence d'un harcèlement moral. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi contre cet arrêt de la cour d'appel, affirmant : « Mais attendu que la cour d'appel, qui, sans se contredire, a constaté que la salariée avait fait l'objet d'un retrait sans motif de son téléphone portable à usage professionnel, de l'instauration d'une obligation nouvelle et sans justification de se présenter tous les matins au bureau de sa supérieure hiérarchique, de l'attribution de tâches sans rapport avec ses fonctions, faits générateurs d'un état dépressif médicalement constaté nécessitant des arrêts de travail, a, par une appréciation souveraine, estimé que la conjonction et la répétition de ces faits constituaient un harcèlement moral. » Cet arrêt illustre les trois éléments qui définissent le harcèlement moral. Premièrement, une dégradation des conditions de travail : retrait sans motif du téléphone portable à usage professionnel, instauration d'une obligation nouvelle et sans justification de se présenter tous les matins au bureau de la supérieure hiérarchique, attribution de tâches sans rapport avec les fonctions. Deuxièmement, ces faits avaient été générateurs d'un état dépressif médicalement constaté nécessitant des arrêts de travail. Troisièmement, la conjonction et la répétition de ces faits constituaient bien un harcèlement moral.

Cas 2

L'arrêt de la Cour de cassation, soc. du 21 juin 2006 (n° 05-43.914 n° 1733) est très important car il règle la question des rapports entre discrimination et indemnisation au civil.

D'une part, quant à la responsabilité du salarié auteur matériel du harcèlement. En l'espèce, le directeur d'une association avait sciemment harcelé moralement, au sens de l'art. L. 122-49 C. trav., des salariés qui lui étaient subordonnés, et a été condamné personnellement à leur verser des dommages-intérêts. L'arrêt est important car l'admission de cette responsabilité personnelle du salarié va plus loin que la solution retenue par les arrêts de l'Assemblée plénière des 25 févr. 2000 et 14 déc. 2001 (Cass. ass. plén., 25 févr. 2000, Jur. p. 673, note P. Brun, et Somm. p. 467, obs. P. Delebecque ; RJS 2000, n° 630 ; 14 déc. 2001, D. 2002, Jur. p. 1230, note J. Julien, Somm. p. 1317, obs. D. Mazeaud, et p. 2117, obs. B. Thullier ; RJS 2002, n° 142) définissant les conditions permettant d'engager la responsabilité du préposé en cas de préjudice subi par les tiers. Certes, conformément à

cette jurisprudence la responsabilité civile du salarié est retenue compte tenu de l'existence d'un élément intentionnel : les salariés ont été « sciemment harcelé[s] moralement ». Les faits sont donc de la nature de ceux qui, même commis dans l'intérêt ou sur les ordres de l'employeur, engagent la responsabilité personnelle du salarié qui s'en rend coupable (Cass. crim., 28 mars 2006, D. 2006, IR p. 1252). Mais dans l'arrêt du 21 juin 2006 la Chambre sociale reconnaît la responsabilité du préposé sans poser la condition de la nécessité d'une condamnation pénale.

D'autre part, quant à la responsabilité de l'employeur. En l'espèce, la responsabilité de l'employeur, une association, est engagée – car, rappelle la cour de cassation, l'employeur est tenu d'une obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise, notamment en matière de harcèlement moral. Cette obligation est ainsi dotée d'une portée générale et ne vaut plus seulement en matière d'accident du travail, d'amiante ou de tabac mais aussi pour le harcèlement. Et surtout, cette obligation étant une obligation de résultat, l'absence de faute n'exonère pas l'employeur, l'arrêt d'appel cassé l'ayant exonéré de sa responsabilité sur ce fondement.

Cas 3

L'arrêt est important car il règle la question des rapports entre droit pénal et droit du travail quant à la définition de l'incrimination (Cass. soc., 3 nov. 2005, n° 2333 FS-P+B).

En effet l'incrimination de harcèlement sexuel est organisée aussi bien par le Code pénal que par le Code du travail. D'un caractère général dans le premier, elle s'inscrit dans le cadre des relations de travail dans le second. Cette différence se retrouve dans la rédaction des dispositions légales respectives : si l'article 222-33 du Code pénal condamne « le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle », l'article L. 122-46 du Code du travail précise qu'aucun salarié ou aucun candidat ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une discrimination pour avoir subi ou refusé de subir des agissements de harcèlement dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle. De ces deux textes, certains juges du fond estimaient déduire que le classement sans suite d'une plainte pour harcèlement sexuel était sans incidence sur l'appréciation du bien-fondé de la mise à pied et du licenciement pour faute grave du salarié responsable de ces agissements, le classement sans suite d'une plainte n'empêchant pas le juge civil d'apprécier les faits qui lui sont soumis (CA Dijon, 26 nov. 1998, BICC 1999, n° 625).

La Chambre sociale de la Cour de cassation pose désormais sous le visa du principe de l'autorité de la chose jugée au pénal sur l'action portée devant la juridiction civile que la matérialité des faits de harcèlement sexuel et la culpabilité de celui auquel ils étaient imputés n'étant pas établies selon le tribunal correctionnel, la relaxe prononcée par ce dernier s'impose au juge prud'homal.

CHAPITRE 3. LE TRAVAIL ILLÉGAL

Le travail illégal est une expression doctrinale qui vise plusieurs incriminations, tels la dissimulation d'emploi, de qualité de salarié, le marchandage, le dépassement des horaires du travail... Ces incriminations sont de plus en plus souvent poursuivies (T. Aubert-Montpeysen, « Le renforcement contre le travail illégal. », Dr. soc. 1997, p. 915). Peut-être est-ce l'effet des procédures exorbitantes propres à la recherche et à la constatation des infractions de travail dissimulé et d'emploi d'étrangers sans titre, instituées par la loi du 2 janvier 1990, modifiée par la loi du 11 mars 1997. L'article 611-13 alinéa 2 du Code du travail autorise en effet les visites domiciliaires, les perquisitions et saisies effectuées par les agents et officiers de police judiciaire dans le cadre d'une enquête préliminaire sur ordonnance du président de grande instance. L'article 78-2-1 du Code de procédure pénale habilite ces mêmes personnes à entrer dans les locaux professionnels pour s'assurer que les immatriculations et déclarations légales ont été effectuées, pour se faire présenter le registre du personnel, s'assurer que les déclarations préalables à l'embauche ont été faites et contrôler l'identité des personnes occupées.

Section 1. Le délit d'emploi irrégulier d'étranger en France

L'article L. 341-66 alinéa premier du Code du travail interdit d'employer, directement ou par personne interposée, un étranger non muni d'un titre l'autorisant à exercer une activité en France. La sanction est de trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende, appliquée autant de fois qu'il y a d'étrangers concernés. A ainsi été sanctionné de délit d'emploi, par personne interposée, de travailleurs étrangers en situation irrégulière, l'entrepreneur principal qui recourt aux services d'un sous-traitant fictif pour se procurer la main-d'œuvre qu'il emploie en toute connaissance de cause (Cass. crim. 20 mai 1992, Bull crim. n° 198).

Section 2. Le délit de fourniture illicite ou de prêt de main-d'œuvre

Dans les deux cas l'entreprise se tourne vers un tiers pour trouver de la main-d'œuvre, sans respecter la loi réglementant le travail temporaire.

I. *Le marchandage*

Article L. 125-1 al. 1 du Code du travail

« Toute opération à but lucratif de fourniture de main-d'œuvre qui a pour effet de causer un préjudice au salarié qu'elle concerne ou d'éluder l'application des dispositions de la loi, de règlement ou de convention ou accord collectif de travail, ou « marchandage », est interdite. »

II. *Le prêt de main-d'œuvre*

Article L. 125-3, al. 1 du Code du travail

« Toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'œuvre est interdite sous peine des sanctions prévues à l'article L. 152-3 dès lors qu'elle n'est pas effectuée dans le cadre des dispositions du livre 1^{er}, titre II, chapitre IV du présent code relatives au travail temporaire. »

Ces deux incriminations sont très proches, l'existence d'un préjudice étant la principale différence entre le marchandage et le prêt illicite.

L'article L. 152-3 du Code du travail punit ces deux délits des mêmes peines : emprisonnement et/ou amende de 30 000 euros. La responsabilité des personnes morales est prévue.

Section 3. Le délit de travail dissimulé ou de dépassement de la durée de travail

Le travail dissimulé, ou « clandestin » ou « travail au noir », vise **l'exercice dissimulé d'une activité lucrative, ainsi que le recours à ce travail**. Il est pertinent de rapprocher de cette incrimination la dissimulation partielle de travail que réalise le dépassement de la durée du travail.

I. *Le travail dissimulé*

L'article L. 324-10 du Code du travail

« Est réputé travail dissimulé par dissimulation d'activité l'exercice à but lucratif d'une activité de production, de transformation, de réparation ou de prestation de services ou l'accomplissement d'actes de commerce par toute personne physique ou morale qui, se soustrayant intentionnellement à ses obligations :

a. n'a pas requis son immatriculation au répertoire des métiers ou, dans les départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin, au registre des entreprises ou au registre du commerce et des sociétés, lorsque celle-ci est obligatoire, ou a poursuivi son activité après refus d'immatriculation, ou postérieurement à une radiation ;

b. ou n'a pas procédé aux déclarations qui doivent être faites aux organismes de protection sociale ou à l'administration fiscale en vertu des dispositions législatives et réglementaires en vigueur.

Est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait, pour tout employeur, de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement de l'une des formalités prévues aux articles L. 143-3 et L. 320.

La mention sur le bulletin de paie d'un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement effectué constitue, si cette mention ne résulte pas d'une convention ou d'un accord conclu en application du chapitre II du titre 1^{er} du livre II du présent code, une dissimulation d'emploi salarié. »

Élément matériel :

La loi du 11 mars 1997 distingue deux modes de travail dissimulé : la dissimulation d'activité et la dissimulation d'emploi salarié.

- **Le travail dissimulé est la soustraction intentionnelle** à l'une des obligations mentionnées par le texte, telle la non-déclaration au registre du commerce ou au répertoire des métiers lorsque celle-ci est obligatoire.
- **La dissimulation d'emploi salarié** est le fait de ne pas effectuer l'une des formalités prévues par les articles L. 143 et L. 320 du Code du travail, c'est-à-dire la remise d'un bulletin de paie et la déclaration préalable à l'embauche. Le défaut d'inscription au registre unique du personnel n'est plus une infraction pénale.

Les **personnes responsables** sont les personnes physiques et les personnes morales. Est coupable l'auteur ou le complice des infractions, mais aussi celui qui recourt, intentionnellement, directement, ou par personne interposée, aux services de celui qui exerce une activité dissimulée. Pour tout contrat de plus de 3 000 euros en vue de l'exécution d'un travail, le contractant doit s'assurer que son cocontractant s'acquitte de ses obligations au regard de l'article L. 324-10 du Code du travail.

La **peine principale** est un emprisonnement de 2 ans et/ou une amende de 30 000 euros pour les personnes physiques. Et toute personne condamnée pour avoir recouru intentionnellement, directement ou non, aux services de celui qui exerce un travail dissimulé est tenue solidairement avec ce dernier au paiement des impôts, taxes et cotisations obligatoires et autres sommes visées par l'article L. 324-13-1 du Code du travail, ce qui est des plus dissuasifs.

Un cas (Cassation, Chambre criminelle, 6 février 2001, n° R00-81.526 FSPF, El Goult, publié au Bulletin Crim. n° 32.)

Une société de récupération de véhicules employait un ressortissant polonais en situation irrégulière comme mécanicien et gardien. Il était logé par la société dans une caravane. Le salarié est victime d'un accident survenu, selon lui, lors du travail, qui a pour conséquence la perte de la vision d'un œil. Devant le refus de son employeur de prendre en charge les frais médicaux, il dépose une plainte, puis se constitue partie civile. Les juges du premier degré ont condamné à titre définitif le dirigeant de fait de cette société du délit de travail clandestin. En appel, les juges du second degré ont condamné le prévenu à 15 000 euros de dommages-intérêts au profit du salarié, partie civile. En cassation, la société critique cet arrêt d'appel, au motif que l'indemnisation du salarié serait impossible car la législation sur le travail clandestin est seulement édictée en vue de l'intérêt général. La Cour de cassation rejette ce pourvoi et confirme ainsi l'arrêt d'appel, car si la législation sur le travail clandestin a été édictée en vue de l'intérêt général, elle n'en tend pas néanmoins également à la protection des particuliers qui peuvent, lorsque sa méconnaissance leur a causé un préjudice personnel et direct, en obtenir la réparation devant la juridiction pénale. L'intérêt de cet arrêt est de rappeler que le travail dissimulé par

dissimulation d'activité ou par dissimulation d'emploi salarié, total ou partiel, peut être sanctionné à la fois au pénal et au civil.

Les textes applicables : En premier lieu, l'article L. 324-10 du Code du travail distingue deux modes de travail dissimulé : la dissimulation d'activité et la dissimulation d'emploi salarié. D'abord, le travail dissimulé est la soustraction intentionnelle à l'une des obligations mentionnées par le texte, telle la non-déclaration au registre du commerce ou au répertoire des métiers lorsque celle-ci est obligatoire. Ensuite, la dissimulation d'emploi salarié est le fait de ne pas effectuer l'une des formalités prévues par les articles L. 143 et L. 320 du Code du travail, c'est-à-dire la remise d'un bulletin de paie et la déclaration préalable à l'embauche. Le défaut d'inscription au registre unique du personnel n'est plus une infraction pénale. Les personnes responsables sont les personnes physiques et les personnes morales. Est coupable l'auteur ou le complice des infractions, mais aussi celui qui recourt, intentionnellement, directement, ou par personne interposée, aux services de celui qui exerce une activité dissimulée. Pour tout contrat de plus de 3 000 euros en vue de l'exécution d'un travail, le contractant doit s'assurer que son cocontractant s'acquitte de ses obligations au regard de l'article L. 324-10 du Code du travail.

La peine principale est un emprisonnement de 2 ans et/ou une amende de 30 000 euros pour les personnes physiques. Et toute personne condamnée pour avoir recouru intentionnellement, directement ou non, aux services de celui qui exerce un travail dissimulé est tenue solidairement avec ce dernier au paiement des impôts, taxes et cotisations obligatoires et autres sommes visées par l'article L. 324-13-1 du Code du travail. Ce qui est des plus dissuasifs !

En second lieu, l'action civile de la victime dite le plus souvent « partie lésée », appartient à celle qui a « personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction », précise l'article 2 alinéa 1 du Code de procédure pénale. C'est l'intérêt de cet arrêt de préciser l'existence de ce lien entre l'infraction de travail dissimulé, c'est-à-dire de non-déclaration à l'administration, et les suites d'un accident corporel non pris en charge au titre des accidents du travail...

Les conséquences pratiques : Cette solution est importante car les incriminations de travail dissimulé sont de plus en plus souvent poursuivies. Peut-être est-ce l'effet des procédures exorbitantes propres à la recherche et à la constatation des infractions de travail dissimulé et d'emploi d'étrangers sans titre, instituées par la loi du 2 janvier 1990, modifiée par la loi du 11 mars 1997. L'article 611-13 alinéa 2 du Code du travail autorise en effet les visites domiciliaires, les perquisitions et saisies effectuées par les agents et officiers de police judiciaire dans le cadre d'une enquête préliminaire sur ordonnance du président de grande instance. L'article 78-2-1 du Code de procédure pénale habilite ces mêmes personnes à entrer dans les locaux professionnels pour s'assurer que les immatriculations et déclarations légales ont été effectuées, pour se faire présenter le registre du personnel, s'assurer que les déclarations préalables à l'embauche ont été faites et contrôler l'identité des personnes occupées. (T. Aubert-Montpeysen, « Le renforcement de la lutte contre le travail illégal », Dr. soc. 1997, p. 915).

II. La durée du travail

Le droit pénal de la durée du travail est désormais un des aspects les plus importants du droit pénal du travail. Ce droit pénal de la durée du travail impose des obligations nouvelles à l'employeur, tel un « pointage » strict des salariés.

Un arrêt récent retrace l'évolution de ce droit (Cassation, Chambre criminelle, 25 janvier 2000, n° 98-85.266, Jurisdata n° 000724) : le directeur d'un magasin Les Galeries Lafayette est cité à comparaître devant un tribunal de police pour diverses infractions à la réglementation de la durée du travail et au repos hebdomadaire. Il lui est reproché par l'inspecteur du travail qui a transmis son procès-verbal au procureur de la République d'avoir omis de mettre en place un dispositif d'enregistrement permettant de contrôler la durée effective de travail de 143 salariés de

l'établissement qui n'étaient pas occupés selon l'horaire collectif de travail. Le fondement de l'action pénale était les articles D. 212-21 et R. 261-3 du Code du travail. Sur ce fondement l'employeur est condamné à 143 peines d'amende de 7,5 euros. La décision est confirmée en appel. L'arrêt de la Cour de cassation précise le sens de ces articles qui permettent de contrôler l'application du droit de la durée du travail dans une entreprise.

L'article D. 212-21 du Code du travail exige que l'employeur produise un décompte quotidien par enregistrement, selon tout moyen, des heures de début et de fin de chaque période de travail ou par le relevé du nombre d'heures de travail effectuées. Cet article est extrêmement important car il permet l'application d'un droit pénal de la durée du travail de plus en plus contraignant : règles générales (L. 212-1 et 212-2) ; temps partiel et travail intermittent (L. 212-4-3) ; heures supplémentaires (L. 212-5, L. 212-5-1, L. 212-6, L. 212-7) ; les jeunes travailleurs (L. 212-14) ; le repos hebdomadaire (L. 221-1, L. 221-2) ; le repos dominical (L. 221-4 à L. 221-27) ; le repos pour les apprentis (L. 221-3) ; le repos quotidien (L. 220-1) ; le repos compensateur lié à l'astreinte (L. 212-4 bis) ; le repos des cadres (L. 212-15-2)...

L'article D. 212-21 du Code du travail laisse à l'employeur le choix de moyens pour retracer la durée effective de travail. La loi pénale étant d'interprétation stricte, il était possible d'en conclure que suffisait l'enregistrement informatique des heures de début et de fin de travail, auxquelles était ajoutée la durée autorisée de pause et de repas. Telle n'est pas l'interprétation de la Cour de cassation, pour qui « selon ce texte le décompte de la durée quotidienne de travail des salariés non occupés selon le même horaire collectif de travail doit être effectué pour chacun d'eux, soit par l'enregistrement des heures de début et de fin de chaque période de travail, soit par le relevé du nombre d'heures de travail effectuées ; qu'il s'ensuit que la seule indication de l'amplitude journalière du travail, sans mention des périodes effectives de coupure et de pause ne satisfait pas à ces prescriptions ». Concrètement, le badge informatique est désormais obligatoire ! Et les lieux de repos et de repas doivent en conséquence être équipés de bornes enregistreuses, car il n'est pas possible de déterminer le temps de travail effectif en additionnant heure d'arrivée (pointée) plus heure de départ (pointée) moins poses et repas (autorisés, mais non pointés)... Les salariés, et singulièrement les cadres retrouvent au début du troisième millénaire les joies de la « pointeuse » d'avant-guerre !

L'importance pratique très grande de cette solution est évidente ! Les employeurs, avec la loi Aubry II, ont échangé une diminution du temps de travail contre le travail de nuit, par équipes de fin de semaine, et surtout une annualisation du temps de travail... La diminution du temps de travail a en effet permis une réorganisation du temps de travail dans le sens d'une plus grande flexibilité. En conséquence, la part de salariés travaillant en horaire collectif diminue par rapport aux salariés dont les horaires sont variables. L'introduction d'un système de pointage rigoureux est donc quasiment obligatoire. Son importance pratique est d'autant plus grande que la sanction pénale est caractérisée en ces cas par son caractère collectif : l'amende est multipliée par le nombre de personnes illégalement employées ! Et les juges ont souvent interprété strictement ce principe. Par exemple, imaginons qu'en matière de repos dominical ce sont les mêmes salariés qui ont été illégalement employés plusieurs dimanches. Alors qu'il était admis de limiter le nombre des amendes au nombre de salariés différents employés plusieurs dimanches, la Cour de cassation retient aujourd'hui le nombre total de salariés concernés par la violation de la règle du repos dominical. Si l'employeur a omis de donner le repos dominical à deux reprises à quatre salariés, et fait travailler deux salariés à deux reprises plus de six jours de suite, il sera condamné à 12 amendes de 75 euros !

CHAPITRE 4. LE DÉLIT D'ENTRAVE

Le délit d'entrave manifeste l'ambiguïté du droit du travail, car il vise à la fois l'entrave faite par l'encadrement d'une entreprise aux institutions de représentation des salariés ; l'entrave à la liberté du travail réalisée par des salariés grévistes par des moyens illégaux pour obtenir de certains salariés qu'ils fassent grève ; l'entrave aux contrôles de l'application du droit du travail dans l'entreprise...

Section 1. L'entrave aux fonctions de représentation des salariés

L'infraction d'entrave aux fonctions de représentation réprime tout acte qui a pour effet d'empêcher le fonctionnement normal des différentes institutions du personnel : l'exercice du droit syndical, des délégués du personnel, du comité d'entreprise, du comité de groupe, du CHSCT, des salariés mandatés... Le délit d'entrave est une infraction souvent réprimée, tant en raison de l'omission de leurs obligations par les employeurs qu'en raison d'une interprétation des textes incriminateurs par les juges qui vise à leur donner une pleine portée. La peine est une peine d'emprisonnement d'un an et une peine d'amende de 37 500 euros, peines doublées en cas de récidive.

I. L'élément légal

L'élément légal du délit d'entrave est éclaté en diverses dispositions. La raison en est historique, la loi reconnaissant au gré de réformes qui se superposent, des institutions de représentation de plus en plus nombreuses. Une conséquence inattendue de cette pluralité d'incriminations est d'autoriser des poursuites différentes à l'encontre des mêmes personnes mais aussi à raison des mêmes faits sans pour autant que la règle *non bis in idem* soit méconnue (Cass. crim. 22 mai 1974, Bull. crim. n° 492).

A. Droit syndical

Article L. 481-2 du Code du travail

« Toute entrave apportée à l'exercice du droit syndical défini par les articles L. 412-1 et L. 412-4 à L. 412-20 sera punie d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 euros ou de l'une de ces deux peines seulement.

En cas de récidive, l'emprisonnement pourra être porté à deux ans et l'amende à 7 500 euros. »

Article L. 481-3 du Code du travail

« Les chefs d'établissement, directeurs ou gérants qui auront enfreint les dispositions des articles L. 412-2 et L. 412-3 seront passibles d'une amende de 3 750 euros et, en cas de récidive, d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 7 500 euros ou de l'une de ces deux peines seulement. »

B. Délégués du personnel

Article L. 482-1 du Code du travail

« Quiconque aura porté ou tenté de porter atteinte, soit à la libre désignation des délégués du personnel, soit à l'exercice régulier de leurs fonctions, notamment par la méconnaissance des dispositions des articles L. 425-1 à L. 425-3 et des textes réglementaires pris pour leur application, sera puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 euros ou de l'une de ces deux peines seulement.

En cas de récidive, l'emprisonnement peut être porté à deux ans et l'amende à 7 500 euros. »

C. Comités (d'entreprise, groupe...)

Article L. 483-1 du Code du travail

« Toute entrave apportée, soit à la constitution d'un comité d'entreprise, d'un comité d'établissement ou d'un comité central d'entreprise, soit à la libre désignation de leurs membres, soit à leur fonctionnement régulier, notamment par la méconnaissance des dispositions des articles L. 433-13, L. 436-1 à L. 436-3 et des textes réglementaires pris pour leur application, sera punie d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 euros ou de l'une de ces deux peines seulement. En cas de récidive, l'emprisonnement pourra être porté à deux ans et l'amende à 7 500 euros. »

Article L. 483-1-1 du Code du travail

« Quiconque aura enfreint les dispositions de l'article L. 439-5, ou aura apporté une entrave soit à la désignation des membres d'un comité de groupe, soit au fonctionnement régulier de ce comité, sera puni des peines prévues par l'article L. 483-1. »

Article L. 483-1-2 du Code du travail

« Toute entrave apportée soit à la constitution d'un groupe spécial de négociation, d'un comité d'entreprise européen mis en place ou non par accord, ou à la mise en œuvre d'une procédure d'information, d'échange de vues et de dialogue, soit à la libre désignation de leurs membres, soit à leur fonctionnement régulier, notamment par la méconnaissance des articles L. 439-7, L. 439-8 et L. 439-12, sera punie des peines prévues par l'article L. 483-1. »

Article L. 263-1 du Code du travail

« Nonobstant les dispositions de l'article L. 231-4, lorsqu'un risque sérieux d'atteinte à l'intégrité physique d'un travailleur résulte de l'inobservation des dispositions des chapitres I, II et III du présent livre et des textes pris pour leur application, l'inspecteur du travail et de la main-d'œuvre saisit le juge des référés pour voir ordonner toutes mesures propres à faire cesser ce risque, telles que la mise hors service, l'immobilisation, la saisie des matériels, machines, dispositifs, produits ou autres.

En outre, s'agissant d'opérations de bâtiment ou de génie civil, lorsqu'un risque sérieux d'atteinte à l'intégrité physique d'un intervenant sur le chantier résulte, lors de la réalisation des travaux, ou peut résulter, lors de travaux ultérieurs, de l'inobservation des dispositions du chapitre V du titre III du présent livre et des textes pris pour son application, l'inspecteur du travail saisit le juge des référés pour voir ordonner toutes mesures propres à faire cesser ou à prévenir ce risque. Ces mesures peuvent consister notamment en la mise en œuvre effective d'une coordination en matière de sécurité et de santé sur le chantier ou la détermination de délais de préparation et d'exécution des travaux compatibles avec la prévention des risques professionnels. Le juge peut de même, en cas de non-respect des dispositions de l'article L. 235-10, provoquer la réunion des maîtres d'ouvrage concernés et la rédaction en commun d'un plan général de coordination.

Le juge peut également ordonner la fermeture temporaire d'un atelier ou chantier. Il peut assortir sa décision d'une astreinte qui sera liquidée au profit du Trésor. »

Article L. 263-2 du Code du travail

« Les chefs d'établissement, directeurs, gérants ou préposés qui, par leur faute personnelle, ont enfreint les dispositions des chapitres I, II et III du titre III du présent livre ainsi que les autres personnes qui, par leur faute personnelle, ont enfreint les dispositions des articles L. 231-6, L. 231-7, L. 232-2, L. 233-5, L. 233-5-1, II, L. 233-5-3 et L. 233-7 dudit livre et des décrets en Conseil d'État pris pour leur exécution sont punis d'une amende de 3 750 euros.

L'amende est appliquée autant de fois qu'il y a de salariés de l'entreprise concernés par la ou les infractions relevées dans le procès-verbal visé aux articles L. 611-10 et L. 611-13.

Conformément à l'article 132-3 du Code pénal, le cumul des peines prévues au présent article et à l'article L. 263-4 avec les peines de même nature encourues pour les infractions prévues par les articles 221-6, 222-19 et 222-20 du Code pénal ne peut dépasser le maximum légal de la peine de même nature la plus élevée qui est encourue. »

Article L. 263-2-2 du Code du travail

« Quiconque aura porté ou tenté de porter atteinte soit à la constitution, soit à la libre désignation des membres, soit au fonctionnement régulier des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, notamment par la méconnaissance des dispositions de l'article L. 236-11 et des textes réglementaires pris pour son application, sera puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 euros ou de l'une de ces deux peines seulement.

En cas de récidive, l'emprisonnement peut être porté à deux ans et l'amende à 7 500 euros. »

Article L. 263-2-3 du Code du travail

D. Comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail

Article L. 263-2-2 du Code du travail

« Quiconque aura porté ou tenté de porter atteinte soit à la constitution, soit à la libre désignation des membres, soit au fonctionnement régulier des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, notamment par la méconnaissance des dispositions de l'article L. 236-11 et des textes réglementaires pris pour son application, sera puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 euros ou de l'une de ces deux peines seulement.

En cas de récidive, l'emprisonnement peut être porté à deux ans et l'amende à 7 500 euros. »

À cette liste il faut ajouter l'**article 531-1 du Code du travail** qui protège également par le délit d'entrave la libre désignation, l'indépendance et les fonctions des conseillers prud'hommes.

II. L'élément matériel

L'élément matériel est l'entrave à la mise en place des institutions, l'entrave au fonctionnement régulier des instances, tel le non-respect des obligations en matière d'information et de consultation... ; l'entrave à l'exercice des attributions de ses membres, tels l'atteinte à la liberté d'affichage, à la liberté de réunion, le licenciement de salariés protégés sans autorisation de l'inspecteur du travail, le refus d'engager la négociation annuelle... Tous les aspects de la vie des institutions représentatives sont ainsi protégés. On distingue parfois les entraves directes des entraves indirectes. Les entraves directes sont des obstacles à la mise en place des institutions, et les obstacles au fonctionnement de ces institutions. Les entraves indirectes sont constituées lorsque c'est la personne du salarié qui est visée par l'employeur, pour atteindre l'institution de représentation. Par exemple, lorsque l'employeur licencie un salarié sans suivre la procédure propre au licenciement des salariés protégés, il commet un délit d'entrave.

III. L'élément moral

L'élément moral : le délit d'entrave est un **délit intentionnel** qui suppose une volonté consciente de s'opposer au fonctionnement normal des institutions. Pour la Cour de cassation, cet élément volontaire se déduit du caractère volontaire de l'omission constatée.

Les tribunaux ne peuvent pas condamner une personne sans se prononcer sur l'existence de cet élément intentionnel de l'infraction (Cass. crim. 1^{er} décembre 1981, Dr. ouvrier 1982, p. 280). Cet élément moral est un dol général, la simple conscience de l'agent d'enfreindre la loi pénale et d'en

assumer les conséquences. Selon la formulation des juges, le « caractère volontaire de l'acte ou l'omission du prévenu » suffit à caractériser l'intention.

Section 2. L'entrave à la liberté du travail

Cette infraction est une survivance de l'époque où la grève était une infraction pénale.

Article L. 431-1 du Code pénal

« Le fait d'entraver, d'une manière concertée et à l'aide de menaces, l'exercice de la liberté d'expression, du travail, d'association, de réunion ou de manifestation est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

Le fait d'entraver, d'une manière concertée et à l'aide de coups, violences, voies de fait, destructions ou dégradations au sens du présent code, l'exercice d'une des libertés visées à l'alinéa précédent est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. »

Élément matériel

Les faits incriminés sont l'emploi de certains moyens illicites visant à provoquer une cessation du travail.

Premier moyen : les menaces

Celles-ci, selon une formule habituelle des cours, « doivent être de telle nature qu'un homme normalement énergique qui en est l'objet soit amené à agir contre sa propre volonté et à faire ce qu'il ne veut pas faire, parce qu'il aura de sérieuses raisons d'appréhender un attentat contre sa personne, sa famille, ou ses biens » (CA Grenoble, 18 juillet 19^o1, D.P. 1902, n^o 2, p. 470). Par exemple, violence particulière des propos des salariés constituant un piquet de grève (Cass. crim. 5 février 1957).

Second moyen : les violences

Celles-ci sont entendues largement, grâce à la notion de voie de fait, définie comme résultant d'actes « qui, sans atteindre physiquement la personne, sont susceptibles de lui causer une impression vive, une émotion violente » (H. Siney, La grève, Dalloz, n^o 234). Par exemple, le fait, par un piquet de grève, de constituer un barrage aux portes d'une usine pour empêcher les non-grévistes d'accéder à leur travail, et qui avait donné lieu à des bousculades et à des bourrades de nature à les impressionner, à leur faire redouter l'exercice de violences graves (Cass. crim. 27 novembre 1979, Bull crim. n^o 339).

Élément moral

Le délit suppose une intention délictueuse.

Section 3. L'entrave aux contrôles du travail

Que risque un employeur qui s'oppose à un inspecteur du travail ? Cette question est importante car l'intervention des inspecteurs et contrôleurs du travail dans les entreprises fait de plus en plus souvent l'objet d'incidents : refus de les faire entrer, de leur donner les informations, voire injures et blessures physiques... Le droit pénal du travail protège cependant très efficacement les inspecteurs du travail qui sont assimilés à cet égard à des officiers de police judiciaire ! Outre diverses contraventions, telle la contravention pour non-présentation de documents et registres, deux infractions principales peuvent en effet être commises : le délit d'obstacle aux fonctions d'inspecteurs du travail et le délit d'outrage à l'encontre des officiers de police judiciaire.

I. Le délit d'obstacle

L'article L. 631-1 du Code du travail précise : « Est passible d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 euros ou de l'une de ces deux peines seulement quiconque met obstacle à l'accomplissement des devoirs d'un inspecteur ou d'un contrôleur du travail et de la main-d'œuvre ».

Cet article contient deux incertitudes : la détermination des « devoirs » des inspecteurs et contrôleurs, et la détermination de l'auteur du délit.

A. Les obstacles aux « devoirs » de l'inspecteur du travail

Ce terme imprécis reflète la diversité des attributions des inspecteurs du travail, chargés de veiller à l'application des dispositions du Code du travail et des lois et règles non codifiées relatives au régime du travail, ainsi qu'à celle des conventions et accords collectifs de travail. Ils sont également chargés, concurremment avec les agents et officiers de police judiciaire, de constater les éventuelles infractions à ces dispositions. Dans ce dessein, ils bénéficient de pouvoirs en rapport avec leurs missions : les inspecteurs du travail et de la main-d'œuvre ont entrée dans tous les établissements où est applicable le droit du travail (art. L. 611-8 du Code du travail). Le délit d'obstacle est donc constitué par une opposition directe à l'exercice du contrôle que constitue une obstruction au droit d'entrée (Cass. crim. 18 mars 1997, Dr. ouv. 1997, p. 397). Le droit de visite peut s'exercer à toute heure du jour ou de la nuit dans les établissements où le travail est organisé pendant la nuit. Les visites de contrôle sur les lieux du travail ne sont jamais annoncées à l'avance et l'inspection du travail ne fait, en principe, jamais état devant l'employeur de la plainte d'un salarié. Le pouvoir de visite à l'intérieur de l'entreprise n'est pas restreint. Il a particulièrement été jugé que le pouvoir de procéder à des enquêtes emportait le droit d'entendre des témoins à l'intérieur de l'entreprise (Cass. crim. 22 juillet 1981, Bull. crim. 1981, n° 628 et GP 1^{re} partie, p. 165). Constitue un obstacle à l'accomplissement des fonctions d'un contrôleur du travail le fait de s'opposer à ce qu'un agent pénètre dans les cuisines de l'établissement pour effectuer une enquête (Cass. crim. 26 février 1985, Bull. crim. 1985 n° 435).

Il est prévu par l'article L. 611-9 du Code du travail que « les inspecteurs peuvent se faire remettre, au cours de leur visite, l'ensemble des livres ou registres et documents rendus obligatoires par le Code du travail ». Les chefs d'établissement doivent tenir à la disposition de l'inspecteur du travail et pendant une durée d'un an, y compris dans le cas d'horaires individualisés, le ou les documents existant dans l'établissement qui permettent de comptabiliser les heures de travail effectuées par chaque salarié. Lorsque le livre de paye est tenu par une personne extérieure à l'établissement et ne peut être présenté à l'inspecteur du travail au cours de sa visite, un délai, qui ne peut être inférieur à quatre jours, est fixé par mise en demeure pour sa présentation au bureau de l'inspecteur du travail. Outre ce livre des salaires, l'employeur doit tenir un registre du personnel qui centralise l'entrée et la sortie du personnel, l'inscription des jeunes travailleurs étrangers, le registre des observations et des mises en demeure, le registre médical, le registre d'hygiène et de sécurité. Le simple fait de refuser de communiquer ces documents obligatoires est constitutif du délit d'obstacle (Cass. crim. 29 septembre 1998, Dr. ouv. 1999, p. 173).

B. La détermination de l'auteur du délit

La détermination des personnes susceptibles de répondre du délit est très originale : le terme « quiconque » permet de ne pas faire systématiquement remonter l'infraction au chef d'entreprise lorsqu'elle est commise par certains de ses subordonnés. Un arrêt du 13 mai 1986 est exemplaire de cette singularité : un inspecteur et un contrôleur du travail s'étaient vu interdire l'entrée de l'entreprise par un groupe de quatre salariés. L'employeur était présent sur les lieux, et avait assisté à portée de voix à l'incident. La Cour de cassation a estimé que seul les quatre salariés étaient les auteurs du délit et non l'employeur. Seul un acte positif peut donc être constitutif de l'infraction (Cass. crim. 13 mai 1986, Juri-social 1986, SJ 159). Le particularisme de cette infraction est donc important par rapport au droit commun de la responsabilité pénale dans l'entreprise.

II. *Le délit d'outrage*

L'article L. 631-2 du Code du travail, relatif aux inspecteurs et contrôleurs du travail, renvoie à l'article 433-5 du Code pénal qui réprime les outrages commis à l'encontre des officiers de police judiciaire et fonctionnaires assimilés : « Constituent un outrage puni de 7 500 euros d'amende les paroles, gestes, menaces, les écrits ou images de toute nature non rendus publics ou l'envoi d'objets quelconques adressés à une personne chargée d'une mission de service public ou à l'occasion de l'exercice de sa mission, et de nature à porter atteinte à sa dignité ou au respect dû à la fonction dont elle est investie. Lorsqu'il est adressé à une personne dépositaire de l'autorité publique l'outrage est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende. »

(Voir : Alain Cœuret, Élisabeth Fortis, *Droit pénal du travail*, Paris, Litec, deuxième édition, 2001 ; Marie-Dominique Dubrac « Visite surprise de l'inspecteur du travail. : Comment réagir ? » *Sem. soc. Lamy*, n° 621 du 2 novembre 1992).

TITRE II. LE DROIT PÉNAL DE L'ACTIVITÉ ÉCONOMIQUE

L'activité économique a été très largement soumise au XIX^e siècle au principe de la libre concurrence, lui-même dérivé du principe révolutionnaire de la liberté du commerce et de l'industrie. En conséquence de ce principe, les commerçants sont en principe libres de se faire concurrence et de se prendre mutuellement leur clientèle. Une seule exigence a toujours été imposée : la concurrence devrait être loyale. Et cette loyauté a longtemps été assurée par le seul droit pénal des affaires, qui exprime dans le monde économique le très traditionnel impératif de vérité de la parole et des actes de la morale chrétienne : escroquerie, faux...

Au XX^e siècle, cette conception libérale du droit de la concurrence n'est plus apparue satisfaisante. Un trop grand libéralisme est d'abord préjudiciable aux entreprises elles-mêmes. L'absence de limitations profite aux plus grandes d'entre elles qui ont les moyens d'imposer leurs conditions. Dès lors, s'il n'existait pas un véritable droit de la concurrence, le marché serait très vite partagé entre quelques grands groupes multinationaux. C'est donc aussi pour l'économie d'un pays que le principe de libre concurrence montre ses limites. L'État doit ainsi être en mesure d'organiser la concurrence afin que la croissance désordonnée des formes nouvelles de distribution ne provoque l'écrasement des petites entreprises et le gaspillage des équipements commerciaux, par exemple en réglementant le droit de la vente. L'absence de limitations de la concurrence est encore préjudiciable aux intérêts des consommateurs. Ceux-ci peuvent par exemple être les victimes des politiques concertées de prix. Beaucoup de pratiques commerciales ne sont qu'en apparence mises en œuvre dans l'intérêt des clients, des consommateurs. L'État doit aussi se protéger lui-même, et assurer par des sanctions pénales l'application du droit fiscal, qui est sa principale source de financement. Enfin, il doit désormais sanctionner pénalement les atteintes à l'environnement, en raison des risques accrus par l'évolution technologique et la production de masse des produits de consommation. Aujourd'hui, l'activité économique ne peut s'exercer qu'à l'intérieur de certaines limites, le plus souvent pénalement sanctionnées. Quant aux sources, le Code de commerce nouveau regroupe l'essentiel de ces limites pénales à l'activité économique. Il se compose de neuf livres consacrés au commerce en général (livre I), aux sociétés commerciales et aux groupements d'intérêt économique (livre II), à certaines formes de vente et aux clauses d'exclusivité (livre III), aux prix et à la concurrence (livre IV), aux effets de commerce et aux garanties (livre V), aux difficultés des entreprises (livre VI), à l'organisation du commerce (livre VII), à quelques professions réglementées (livre VIII) et à l'outremer (livre IX).

CHAPITRE I. LE DROIT PÉNAL DES SOCIÉTÉS

Le droit pénal des sociétés est ancien. La loi du 24 juillet 1867 dota pour la première fois les sociétés par actions d'un droit pénal spécifique. La loi du 24 juillet 1966 relative aux sociétés commerciales est la seconde grande étape dans l'élaboration de ce droit. Les sociétés étant le domaine de prédilection de la délinquance occulte, l'article 702, 2° du Code de procédure pénale a prévu que les infractions concernant les sociétés commerciales relevaient de la compétence de juridictions spécialisées en matière économique et financière.

Les incriminations de ce droit visent à prévenir les intérêts de la société elle-même, par exemple des agissements de dirigeants véreux qui se servent de celle-ci pour accroître leur fortune personnelle. Les intérêts des créanciers de la société sont protégés contre une gestion qui pourrait les léser. Le public est aussi protégé, dont des sociétés de façade pourraient attirer les capitaux. L'économie du pays est *in fine* tributaire de la confiance qu'inspire l'activité des sociétés de capitaux, véritable moteur du capitalisme moderne.

Voici pourquoi toute la vie de la société, de sa naissance à sa mort, fait l'objet d'un encadrement pénal.

Section 1. Les infractions commises à la constitution des groupements

I. Les fausses déclarations

Le mensonge dans le certificat du dépositaire, le délit de simulation de souscription ou de versement et le délit de publication de faits faux et de faux noms ont été abrogés par la loi du 15 mai 2001.

Les fausses déclarations dans les statuts concernant la répartition des parts sociales entre associés, la libération des parts ou dépôt des fonds étaient sanctionnées dans les SARL (art. 423 loi 1966) ; mais aussi les SA, les SCA, les SAS. La loi du 15 mai 2001 dépénalise partiellement et ne sanctionne pénalement que la SARL.

Article L. 241-1 du Code de commerce

« Est puni d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 9 000 euros le fait, pour les associés d'une société à responsabilité limitée, de faire dans l'acte de société une déclaration fautive concernant la répartition des parts sociales entre tous les associés, la libération des parts ou le dépôt des fonds, ou d'omettre cette déclaration.

Les dispositions du présent article sont applicables en cas d'augmentation du capital. »

II. La surévaluation des apports en nature

Le délit de surévaluation des apports en nature, c'est-à-dire leur majoration par rapport à leur valeur réelle, était sanctionné pour la SARL à l'article 425 de la loi 66, mais aussi pour les SA, SCA, SAS.

L'article **L. 242-2 du Code de commerce** définit aujourd'hui l'incrimination pour les SA : « Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 9 000 euros le fait, pour toute personne :

1°, 2° et 3° (supprimés) ;

4° de faire attribuer frauduleusement à un apport en nature une évaluation supérieure à sa valeur réelle. »

L'article L. 241-3 vise les SARL ; L. 243-1 les sociétés en commandite par action ; L. 244-1 les SAS.

L'élément matériel est la participation à l'attribution de la valeur d'un apport, et l'existence d'une évaluation excessive.

L'élément moral est l'intention fautive. La tentative n'est pas punissable. Sont punissables ceux à qui sont imputables les fautes et leurs complices, par exemple les apporteurs, les fondateurs, les administrateurs, les gérants, les commissaires aux apports, les experts, et tout dirigeant de droit ou de fait. La répression est une peine d'emprisonnement de 5 ans et une amende de 9 000 euros.

L'affaire Agache-Willot illustre cette incrimination, les commissaires aux apports ayant retenu une valeur de 148 millions, ce que les experts judiciaires évaluaient à 80 millions... La Cour de cassation a jugé qu'était coupable du délit de majoration frauduleuse d'apport en nature le commissaire aux apports chargé d'apprécier la valeur des apports faits en nature à une société à l'occasion d'une augmentation de capital (Cass. crim. 22 janvier 1990, Rev. soc. 1990 p. 458, note Bouloc).

III. Le délit d'émission d'actions de société irrégulièrement constituée

L'émission irrégulière de valeurs mobilières était sanctionnée dans les SARL (art. 424 loi 66) mais aussi les SA, les SCA, les SAS.

Désormais l'article **L. 242-1 du Code de commerce** incrimine dans les SA le délit qui consiste à émettre des actions dans une société irrégulièrement constituée :

« Est puni d'une amende de 9 000 euros le fait, pour les fondateurs, le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme, d'émettre des actions ou des coupures d'actions soit avant l'immatriculation de ladite société au registre du commerce et des sociétés, soit à une époque quelconque, si l'immatriculation a été obtenue par fraude, soit encore sans que les formalités de constitution de ladite société aient été régulièrement accomplies.

Un emprisonnement d'un an peut, en outre, être prononcé si les actions ou coupures d'actions sont émises sans que les actions de numéraire aient été libérées à la souscription d'un quart au moins ou sans que les actions d'apport aient été intégralement libérées antérieurement à l'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés.

Est puni des peines prévues à l'alinéa précédent le fait, pour les personnes visées au premier alinéa, de ne pas maintenir les actions de numéraire en la forme nominative jusqu'à leur entière libération.

Les peines prévues au présent article peuvent être portées au double, lorsqu'il s'agit de sociétés anonymes faisant publiquement appel à l'épargne. »

L'élément matériel est l'émission des titres d'une société irrégulièrement constituée.

Avant la loi du 3 décembre 1981, l'émission était la création matérielle et la délivrance aux actionnaires des titres d'actions. Depuis 1981 et la « dématérialisation » des titres, les valeurs mobilières ne sont plus détenues matériellement, mais représentées par des inscriptions en comptes, au nom de leur propriétaire sur les livres de la collectivité émettrice ou d'un intermédiaire habilité telle une banque. Chaque transaction donne lieu à l'émission d'un Bordereau de référence nominative (BRN) qui permet à la société émettrice de mettre à jour son registre d'actionnaires en inscrivant les acheteurs et radiant les vendeurs.

L'élément moral : la fraude n'est pas exigée par la loi, la seule matérialité de l'omission de la vérification constitue l'infraction.

Section 2. Les infractions relatives aux assemblées

I. Le délit de non-convocation à une assemblée générale ordinaire

Article L. 242-10 du Code de commerce

« Est puni d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 9 000 euros le fait, pour le président ou les administrateurs d'une société anonyme, de ne pas réunir l'assemblée générale ordinaire dans les six mois de la clôture de l'exercice ou, en cas de prolongation, dans le délai fixé par décision de justice ou de ne pas soumettre à l'approbation de ladite assemblée les comptes annuels et le rapport de gestion prévus à l'article L. 232-1. »

L'élément matériel est la non-réunion de l'assemblée générale ordinaire annuelle dans les 6 mois de la clôture de l'exercice. L'intention frauduleuse n'est pas requise, la simple négligence suffit.

II. Le délit d'omission d'information

Article L. 242-12 du Code de commerce

« Est puni d'une amende de 4 500 euros le fait, pour le président d'une société anonyme, de ne pas porter à la connaissance des actionnaires, dans les conditions fixées par décret en conseil d'État, les renseignements exigés par ledit décret en vue de la tenue des assemblées. »

L'élément matériel est le fait de ne pas avoir adressé aux associés, avant l'assemblée, les documents obligatoires : les comptes annuels, le rapport de gestion, le texte des résolutions proposées, le rapport du commissaire aux comptes, de ne pas avoir tenu l'inventaire à la disposition des associés au siège social. L'élément intentionnel n'est pas requis, étant constitué par une simple négligence.

III. Le délit de défaut d'envoi de documents aux actionnaires

Article L. 242-13 du Code de commerce

« Est puni d'une amende de 3 750 euros le fait, pour le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme, de ne pas adresser, à tout actionnaire qui en a fait la demande, une formule de procuration conforme aux prescriptions fixées par décret en Conseil d'État, ainsi que :

1° la liste des administrateurs en exercice ;

2° le texte et l'exposé des motifs des projets de résolution inscrits à l'ordre du jour ;

3° le cas échéant, une notice sur les candidats au conseil d'administration ;

4° les rapports du conseil d'administration et des commissaires aux comptes qui seront soumis à l'assemblée ;

5° s'il s'agit de l'assemblée générale ordinaire annuelle, les comptes annuels. »

L'élément matériel est de ne pas avoir adressé aux actionnaires qui en faisaient la demande, une formule de procuration, la liste des administrateurs en exercice, le texte des résolutions. L'élément intentionnel n'est pas requis, étant constitué par un simple négligence.

IV. Le délit d'entrave à l'exercice du droit de participation à une assemblée d'actionnaires

Article L. 242-9 1° du Code de commerce

« Est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 9 000 euros :

1° le fait d'empêcher un actionnaire de participer à une assemblée d'actionnaires ; »

V. *Le délit de vote frauduleux*

Article L. 242-9 2° et 3° du Code de commerce

« Est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 9 000 euros :

2° le fait de participer au vote dans une assemblée d'actionnaires, directement ou par personne interposée, en se présentant faussement comme propriétaire d'actions ou de coupure d'actions ;

3° le fait de se faire accorder, garantir ou promettre des avantages pour voter dans un certain sens ou pour ne pas participer au vote, ainsi que le fait d'accorder, garantir ou promettre ces avantages. »

VI. *Le délit de non-respect des droits de vote attachés aux actions*

Article L. 242-15 du Code de commerce

« Est puni d'une amende de 3 750 euros le fait, pour le président ou les administrateurs d'une société anonyme :

1° de ne pas faire tenir pour toute réunion de l'assemblée des actionnaires, une feuille de présence émargée par les actionnaires présents et les mandataires, certifiée exacte par le bureau de l'assemblée, et contenant :

a. les nom, prénom usuel et domicile de chaque actionnaire présent et le nombre d'actions dont il est titulaire, ainsi que le nombre de voix attaché à ces actions ;

b. les nom, prénom usuel et domicile de chaque mandataire et le nombre d'actions de ses mandants, ainsi que le nombre de voix attaché à ces actions ;

c. les nom, prénom usuel et domicile de chaque actionnaire représenté et le nombre d'actions dont il est titulaire, ainsi que le nombre de voix attaché à ces actions ou, à défaut de ces mentions, le nombre de pouvoirs donnés à chaque mandataire ;

2° de ne pas annexer à la feuille de présence les pouvoirs donnés à chaque mandataire ;

3° de ne pas procéder à la constatation des décisions de toute assemblée d'actionnaires par un procès-verbal signé des membres du bureau, conservé au siège social dans un recueil spécial et mentionnant : la date et le lieu de la réunion, le mode de convocation, l'ordre du jour, la composition du bureau, le nombre d'actions participant au vote et le quorum atteint, les documents et rapports soumis à l'assemblée, un résumé des débats, le texte des résolutions mises aux voix et le résultat des votes. »

Article L. 242-16 du Code de commerce

« Est puni des peines prévues à l'article L. 242-15 le fait, pour le président de séance et les membres du bureau de l'assemblée, de ne pas respecter, lors des assemblées d'actionnaires, les dispositions régissant les droits de vote attachés aux actions. »

Section 3. *Infractions relatives aux comptes des sociétés*

I. *Le délit de dissimulation de comptes*

Le délit de dissimulation des comptes prévus par l'article L. 242-6 du Code du commerce :

« Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 euros le fait pour :

1° le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme d'opérer entre les actionnaires la répartition de dividendes fictifs, en l'absence d'inventaire, ou au moyen d'inventaires frauduleux ;

2° le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme de publier ou présenter aux actionnaires, même en l'absence de toute distribution de dividendes, des comptes annuels ne donnant pas, pour chaque exercice, une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice, de la situation financière et du patrimoine, à l'expiration de cette période, en vue de dissimuler la véritable situation de la société. »

L'élément matériel de cette incrimination suppose la réunion de deux faits. D'une part, des comptes annuels inexacts, qui se définissent comme ne donnant pas une image fidèle des résultats des opérations de l'exercice, de la situation financière et du patrimoine, à l'expiration de cette période. D'autre part, la publication ou présentation de ces comptes. L'élément intentionnel existe : l'acte doit avoir été commis dans l'intention de dissimuler la véritable situation de l'entreprise.

La « présentation » signifie la communication des comptes à l'assemblée générale des actionnaires, ou leur mise à disposition au siège social ou l'envoi aux actionnaires avant l'assemblée générale annuelle. Il n'y a donc pas présentation de comptes à un autre moment, ou à d'autres personnes ou dans la seule préparation des documents irréguliers. Mais l'infraction est constituée par la seule présentation à l'assemblée générale, quelle que soit la décision de cette dernière. De même le délit est constitué même si les actionnaires connaissent la véritable image de la société car les comptes sont destinés à donner une image fidèle des résultats des opérations de l'exercice non seulement aux actionnaires mais aussi aux tiers (Cass. crim. 25 avril. 1995, Dr. pénal. 1995, n° 205, Obs. Robert)

La « publication » désigne tout procédé portant le fait à la connaissance du public, par écrit (presse, BALO, prospectus) ou orale (déclarations publiques). La communication au public est nécessairement collective et non individuelle (publique).

Les deux faits sont indépendants : si après avoir été présentés, les comptes inexacts font l'objet d'une publication, un nouveau délit est alors commis, qui se prescrit indépendamment du premier (Cass. crim. 31 oct. 2000, Dr. pénal 2001, n° 20, Obs. Robert.

Les comptes annuels regroupent le bilan, le compte de résultat, et une annexe.

L'image fidèle. L'infraction est constituée si les comptes inexacts donnent une image infidèle de la véritable situation de la société, et ceci même s'ils ont pour objet de la faire apparaître moins bonne qu'elle n'est en réalité, par deux moyens principaux :

- *Premièrement* : Par inexactitudes matérielles. Par exemple omissions de mentionner le montant d'engagements cautionnés, ou de mention, à l'actif, de créances fictives. Par exemple omettre d'inscrire au bilan les réserves qu'imposaient les circonstances économiques et la situation comptable, de manière à diminuer le passif de l'exercice, ceci ayant eu pour résultat de faire ressortir un bénéfice de 70 000 000 F alors qu'il aurait dû apparaître une perte de plus d'un milliard (Cass. crim. 14 déc. 1966, Bull. crim. n° 291). Par exemple omettre une provision pourtant nécessaire (Cass. crim. 19 juin 1997, Bull. crim. n° 250 ; ou provisionner insuffisamment (T. correc. Paris 17 déc. 1997, Rev. Sc. crim. Obs. Riffault). Par exemple en sous-évaluant les stocks pour omettre l'impôt sur les sociétés (Cass. crim. 8 avril 1991, Bull. crim. n° 166). Par exemple en présentant un bilan où aucun amortissement n'est constitué sur les constructions, le mobilier et le matériel (Cass. crim. 26 juin 1978, Bull. crim. n° 21). Par exemple insérer dans le bilan des mentions fausses quant à l'importance du service d'un emprunt, en capital et intérêt (Cass. crim. 14 janvier 1980, Bull. crim. n° 21).
- *Deuxièmement* : Par inexactitudes formelles. Il s'agit d'irrégularités de classement, d'inexactitudes dans la répartition des valeurs dans les postes. Les chiffres sont en eux-mêmes exacts mais présentés de façon à donner une image déformée de la réalité. Par exemple en reportant d'une année sur l'autre l'enregistrement de certains résultats de l'exploitation de l'entreprise ou à transférer un poste du passif à l'actif.

Les personnes punissables varient selon les formes sociales : les gérants des SARL (L. 241-3-2°), les gérants des sociétés en commandite par actions (L. 243-1), les présidents, les administrateurs et les directeurs généraux et délégués pour les SA (L. 242-6-2°), éventuellement, les membres du directoire (L. 242-30), et les dirigeants sociaux des SAS (L. 244-1).

Par exemple, est passible de sanction pénale l'administrateur qui a participé à la délibération ayant décidé la présentation des comptes (Cass. crim. 29 nov. 2000, Bull. crim. n° 359)

Mais peuvent aussi être « poursuivis comme complices tous ceux qui ont provoqué le délit, ou donné des instructions pour le commettre, ou qui ont, en connaissance, aidé ou assisté les auteurs de l'infraction », selon les termes de la jurisprudence (Cass. crim. 3 janvier 1983, Dalloz 1983, IR 208). Ces complices peuvent bien évidemment être le commissaire aux comptes (Cass. crim. 13 février 1997, Dr. 97, comm. 98), ou l'expert-comptable, Cass. crim. 9 novembre 1992, Bull. crim. n° 364, Droit pénal 1993, n° 138) ou enfin le salarié, directeur administratif chargé de la comptabilité (Cass. crim. 14 janvier 1980, D. 1980, IR 459).

Élément moral. L'infraction suppose l'intention, c'est-à-dire une présentation ou publication de comptes en connaissance de leur inexactitude : que les prévenus aient su « de par leur fonctions, que l'apparence, recherchée et donnée aux comptes et au bilan, était contraire à la réalité » (Cass. crim. 26 mars 1990, Bull. crim. n° 133).

II. Le délit de non-information sur les participations significatives

Diverses autres dispositions sanctionnent des omissions, assimilables à des mensonges. Par exemple l'article L. 233-7 définit de nouveaux seuils de déclenchement de l'information sur les participations significatives. L'inobservation de cette obligation est réprimée désormais par l'article **L. 247-1 du Code de commerce** :

« I. Est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 9 000 euros le fait, pour les présidents, les administrateurs, les directeurs généraux ou les gérants de toute société :

1° de ne pas faire mention dans le rapport annuel présenté aux associés sur les opérations de l'exercice, d'une prise de participation dans une société ayant son siège sur le territoire de la République française représentant plus du vingtième, du dixième, du cinquième, du tiers, de la moitié ou des deux tiers du capital ou des droits de vote aux assemblées générales de cette société ou de la prise de contrôle d'une telle société ;

2° de ne pas, dans le même rapport, rendre compte de l'activité et des résultats de l'ensemble de la société, des filiales de la société et des sociétés qu'elle contrôle par branche d'activité ;

3° de ne pas annexer au bilan de la société le tableau prévu à l'article L. 233-15 et comportant les renseignements en vue de faire apparaître la situation desdites filiales et participations.

II. Est puni d'une amende de 9 000 euros le fait, pour les membres du directoire, du conseil d'administration ou les gérants des sociétés visées à l'article L. 233-16, sous réserve des dérogations prévues à l'article L. 233-17, de ne pas établir et adresser aux actionnaires ou associés, dans les délais prévus par la loi, les comptes consolidés. Le tribunal peut en outre ordonner l'insertion du jugement, aux frais du condamné, dans un ou plusieurs journaux.

III. Est puni des peines mentionnées au I le fait, pour le commissaire aux comptes, de ne pas faire figurer dans son rapport les mentions visées au 1° du I du présent article. »

III. Le délit de non-désignation d'un commissaire aux comptes

Article L. 820-4 1° du Code de commerce

« Nonobstant toute disposition contraire :

1° Est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000 euros le fait, pour tout dirigeant de personne morale tenue d'avoir un commissaire aux comptes, de ne pas en provoquer la désignation ou de ne pas le convoquer à toute assemblée générale (sanctions pénales) ; »

L'élément matériel est constitué si n'est pas provoquée la désignation du commissaire aux comptes par l'assemblée générale des associés, ou en cas de non-convocation du commissaire aux comptes aux assemblées. L'élément intentionnel n'est pas requis, le délit étant constitué par une simple négligence.

IV. Le délit d'obstacle à l'exercice des fonctions du commissaire aux comptes et des experts de gestion

Article L. 840-4 2° du Code du commerce

« Nonobstant toute disposition contraire :

2° Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 75 000 euros le fait, pour les dirigeants d'une personne morale ou toute personne au service d'une personne morale tenue d'avoir un commissaire aux comptes, de mettre obstacle aux vérifications ou contrôles des commissaires aux comptes ou des experts nommés en exécution des articles L. 223-37 et L. 225-231, ou de leur refuser la communication sur place de toutes les pièces utiles à l'exercice de leur mission et, notamment, de tous contrats, livres, documents comptables et registres de procès-verbaux. »

L'élément matériel est constitué par le fait d'avoir mis des obstacles aux vérifications ou contrôles du commissaire, ou d'avoir refusé la communication sur place de toutes les pièces utiles à l'exercice de sa mission : contrats, livres, documents comptables, registres de procès-verbaux.

Section 4. Infractions applicables aux commissaires aux comptes

La loi du 1^{er} mars 1984 a donné au commissaire aux comptes la responsabilité de mettre en œuvre une procédure d'alerte graduée quand il aura relevé un fait « de nature à compromettre la continuité de l'exploitation ». Et la loi du 3 janvier 1985 a étendu aux comptes consolidés le champ de l'obligation de révélation des infractions au procureur de la République par le commissaire aux comptes. Enfin, la loi du 15 mai 2001 a modifié quelque peu cette responsabilité, désormais codifiée aux articles L. 820-1 à L. 820-7 du Code de commerce.

I. Le délit de violation du secret professionnel par les commissaires aux comptes

Article L. 820-5 dernier alinéa du Code de commerce

« Les articles 226-13 et 226-14 du Code pénal relatifs au secret professionnel sont applicables aux commissaires aux comptes. »

Article 226-13 du Code pénal

« La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 1 500 euros d'amende. »

Ce délit vise toutes personnes dépositaires d'un secret d'affaires, par leur état, profession, ou fonction. L'expert-comptable et le commissaire aux comptes sont astreints au secret professionnel (ancien article 233 al. 3 loi 66). L'élément matériel est constitué par une information confidentielle, révélée à des personnes auxquelles le secret est opposable. L'élément moral exige que l'infraction ait été commise en toute connaissance de cause.

L'article 226-14 précise bien évidemment que cette obligation n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret.

II. Le délit de non-révélation de faits délictueux par le commissaire aux comptes

Le commissaire aux comptes a ainsi l'obligation de révéler au procureur de la République tous les faits délictueux découverts lors de sa mission légale sous peine de poursuites pénales. L'article 457 de la loi du 24 juillet 1966 disposait que « sera puni d'une peine d'emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 18 000 euros ou de l'une de ces peines seulement, tout commissaire aux comptes qui, soit

en son nom personnel, soit au titre d'associé dans une société de commissaires aux comptes... n'aura pas révélé au procureur de la République les faits délictueux dont il aura eu connaissance ». Désormais, l'article 820-7 a aggravé cette sanction.

III. Le délit de fourniture ou confirmation d'informations mensongères par le commissaire aux comptes

L'article 457 de la loi du 24 juillet 1966 disposait que « sera puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 120 000 francs ou de l'une de ces deux peines seulement, tout commissaire aux comptes qui, soit en son nom personnel, soit au titre d'associé dans une société de commissaires aux comptes, aura sciemment donné ou confirmé des informations mensongères sur la situation de la société ».

Le même article L. 820-7 du Code de commerce sanctionne ce délit :

« Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 75 000 euros (sanctions pénales) le fait, pour toute personne, de donner ou confirmer soit en son nom personnel, soit au titre d'associé dans une société de commissaires aux comptes des informations mensongères sur la situation de la personne morale ou de ne pas révéler au procureur de la République les faits délictueux dont il a eu connaissance. »

IV. Le délit de non-respect des règles relatives aux incompatibilités des commissaires aux comptes

L'article L. 820-6 du Code de commerce précise :

« Est puni d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 7 500 euros (sanctions pénales) le fait, pour toute personne d'accepter, d'exercer ou de conserver les fonctions de commissaire aux comptes, nonobstant les incompatibilités légales, soit en son nom personnel, soit au titre d'associé dans une société de commissaires aux comptes. »

Cet article est également applicable dans les SARL et les SNC (L. 241-8 du Code de commerce) ainsi que dans les SAS (L. 244-1).

L'existence d'un lien de parenté ou d'alliance avec les administrateurs et les dirigeants en exercice ou l'existence d'un lien de subordination avec la société, voire d'une rémunération indirecte, interdisent de contrôler l'activité comptable et financière d'une société commerciale.

Un exemple parfait est donné par l'arrêt de la Cour de cassation, crim. 3 janvier 1983, Bull. crim. n° 2 : « Est à bon droit déclaré coupable d'avoir contrevenu aux dispositions de l'article 220-4, le commissaire aux comptes d'une société anonyme qui, au sein de celle-ci, y a exercé en outre les fonctions d'expert-comptable et a perçu pour l'ensemble de ses activités une rémunération globale, les juges du fond, n'ayant pas, pour sanctionner l'infraction, à ventiler les divers honoraires perçus par l'intéressé. »

En premier lieu, la loi n° 2001-420 sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001, dite NRE, a renforcé la spécificité de la profession de commissaire aux comptes, particulièrement en comparaison de celle d'expert-comptable. L'article 113 de la loi NRE, à travers la création d'un nouveau titre dans le Code de commerce (Titre II intitulé « Des commissaires aux comptes » dans le Livre VIII « De quelques professions réglementées ») et comprenant les articles L. 820-1 à L. 820-7, pose un statut unique pour tous les commissaires aux comptes, établi par référence au régime du commissariat aux comptes des sociétés anonymes (art. L. 820-1 et 2 qui renvoient aux articles L. 225-218 à L. 225-242 du Code de commerce). Surtout, les dispositions pénales relatives au contrôle

des sociétés anonymes (art. L. 242-25 à L. 242-28) sont abrogées et remplacées par des incriminations plus générales déplacées dans le nouveau titre II aux articles L. 820-4 à L. 820-7 applicables à tous les commissaires aux comptes, quelle que soit l'entité juridique dans laquelle ils interviennent. L'unification ainsi établie apparaîtra d'autant plus opportune que le domaine d'intervention obligatoire des commissaires aux comptes n'a cessé de s'élargir (v. notamment, L. n° 84-148, 1^{er} mars 1984 et L. n° 94-475, 10 juin 1994), parallèlement aux extensions volontaires du commissariat à des entités non visées par les textes, sans que, pour autant, soit réglée la question de la transposition de l'ensemble des dispositions relatives aux sociétés anonymes à ces domaines (v. Doc. Ass. nat. n° 2864, 19 janv. 2001, Rapport par E. Besson, p. 170). Une difficulté était surtout apparue en matière de responsabilité pénale où le principe d'interprétation stricte de la loi ne permet pas d'étendre, par analogie, le champ d'application des différentes incriminations à des entités non expressément visées par la loi. Par exemple, le commissaire aux comptes d'une personne morale de droit privé n'ayant pas d'activité économique ne pouvait être poursuivi pour délit de non-révéléation des faits délictueux (infraction, avec le délit d'informations mensongères, la plus fréquemment invoquée), le champ légal d'application de l'incrimination étant limité aux sociétés commerciales et aux personnes morales de droit privé ayant une activité économique. Cette réforme marque peut-être la fin de la nette clémence des juridictions du second degré à l'égard des commissaires aux comptes poursuivis pour délit de non-révéléation de faits délictueux. Ainsi, le très étonnant arrêt de la cour d'appel de Lyon du 13 décembre 2000 (rapp. Cass. com., 19 oct. 1999 : Bull. Joly 2000, p. 43, § 6, note F. Pasqualini et V. Pasqualini-Salerno) qui décide que la négligence du commissaire aux comptes « à s'informer et l'incompétence manifeste dont (il) a fait preuve ne suffisent pas à caractériser le délit reproché qui est d'interprétation stricte » (v. également, CA Caen, 14 avr. 2000 : Bull. CNCC 2000, n° 118, p. 202 note Ph. Merle. – CA Lyon, 2 févr. 2000 : Bull. CNCC 2000, n° 117, p. 69, note Ph. Merle). Plus précisément, les nouveautés de la loi sont triples :

1. Les délits de non-désignation ou de non-convocation des commissaires aux comptes (art. L. 820-4, 1° ; anc. art. L. 242-25) et d'entrave aux fonctions de commissaire aux comptes (art. L. 820-4, 2° ; anc. art. L. 242-28) visent, non plus les seuls dirigeants des sociétés anonymes, mais « tout dirigeant de personne morale tenue d'avoir un commissaire aux comptes ». À titre subsidiaire, les délits d'informations mensongères sur la situation de la société et de non-révéléation de faits délictueux (art. L. 820-7 ; anc. art. L. 242-27), visent « toute personne » et non plus « tout commissaire aux comptes » qui aura commis les faits incriminés, étant rappelé que les dispositions figurent désormais dans un titre II relatif aux commissaires aux comptes.

2. Les nouvelles dispositions prévoient généralement une aggravation des sanctions par une augmentation du montant des amendes encourues, les peines d'emprisonnement demeurant, pour leur part, inchangées. Ainsi, le montant de l'amende encourue passe de 9 000 euros à 30 000 euros pour le délit de non-désignation ou de non-convocation des commissaires aux comptes, de 18 000 euros à 75 000 euros pour les délits d'entrave aux fonctions de commissaire aux comptes, d'informations mensongères sur la situation de la société et de non-révéléation de faits délictueux. Seul le délit d'exercice de la profession malgré les incompatibilités légales (art. L. 820-6 ; anc. art. L. 242-26) voit le montant de l'amende baisser de 9 000 euros à 7 500 euros.

3. Le monopole de la profession de commissaire aux comptes est désormais visé à l'article 820-5 nouveau du Code de commerce qui élève l'infraction d'usage illégal du titre de commissaire aux comptes et d'exercice illégal de la profession au rang de délit sanctionné par une peine d'emprisonnement de un an et une amende de 15 000 euros. Avant cette réforme, les faits incriminés constituaient une contravention de police de 5^e classe sanctionnée d'une amende de 1 500 euros, doublée en cas de récidive (articles 85 et 86 du décret n° 69-810 du 12 août 1969 relatif à l'organisation de la profession et au statut professionnel des commissaires aux comptes).

La protection pénale du titre de commissaire aux comptes est le pendant de l'interdiction faite à toute personne de se prévaloir du titre de commissaire aux comptes si elle ne remplit pas les conditions exigées par les textes (art. L. 820-2). L'article L. 820-5 reprend, *in fine*, la disposition relative au secret professionnel, prévue à l'article L. 242-27 *in fine* du Code de commerce abrogé, et selon

laquelle « (...) Les articles 226-13 et 226-14 du Code pénal (...) sont applicables aux commissaires aux comptes » (à rapp. C. com., art. L. 225-240). Ces derniers traitent respectivement de la sanction de l'atteinte au secret professionnel par une personne qui en est dépositaire (art. L. 226-13) et de l'exception à l'obligation de respecter le secret (art. L. 226-14) lorsque la loi impose ou autorise la révélation du secret. C'est le cas lorsque le commissaire a, dans l'accomplissement de sa mission, connaissance de faits délictueux, l'article L. 225-240 du Code de commerce lui faisant en ce cas obligation de révéler lesdits faits au procureur de la République sous peine d'engager sa responsabilité pénale.

En second lieu, la loi n° 2003-706 de sécurité financière du 1^{er} août 2003 a créé l'Autorité des marchés financiers (AMF) en opérant la fusion de la Commission des opérations de Bourse (COB), du Conseil des marchés financiers (CMF) et du Conseil de discipline de la gestion financière (CDGF). Ce rapprochement a pour objectif de renforcer l'efficacité et la visibilité de la régulation de la place financière française. Et cette même loi a aussi créé un Haut Conseil du commissariat aux comptes, auprès du garde des Sceaux, ministre de la Justice, ayant pour mission « d'assurer la surveillance de la profession avec le concours de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes instituée par l'article L. 821-6 ; de veiller au respect de la déontologie et de l'indépendance des commissaires aux comptes. »

Section 5. Infractions relatives aux biens des sociétés : l'abus de biens sociaux, du crédit et des pouvoirs

Le délit d'abus de biens sociaux consiste pour les dirigeants de société de capitaux, à utiliser les biens, le crédit, mais aussi les pouvoirs, au sens large, d'une société, dans un but contraire à l'intérêt social. L'examen de la jurisprudence révèle qu'il s'agit de l'un des délits les plus fréquents du droit pénal des sociétés.

Article L. 242-6 du Code de commerce

« Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 euros le fait pour :

1°...

2°...

3° le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement ;

4° le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme de faire, de mauvaise foi, des pouvoirs qu'ils possèdent ou des voix dont ils disposent, en cette qualité, un usage qu'ils savent contraire aux intérêts de la société, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement. »

Traditionnellement le délit d'abus de biens sociaux est présenté comme revêtant un élément moral (l'acte litigieux est fait à des fins personnelles ou pour favoriser une entreprise dans laquelle le dirigeant est directement intéressé) et un élément matériel (un acte d'usage de biens contraire à l'intérêt social). Or l'évolution de la jurisprudence nous fait réviser cette présentation, réduisant très largement l'abus de biens sociaux à une infraction matérielle. En effet, la vérification de l'élément intentionnel est toujours exigée par la Cour de cassation, mais la constatation de l'intention semble un peu formelle désormais car elle peut résulter d'éléments matériels tel un usage contraire à l'intérêt social. Par exemple, dans un arrêt rendu par Cour de cassation, crim. 1^{er} mars 2000 n° 98-86.353 (n° 1672 PF), une cassation d'un arrêt d'appel est prononcée qui déclarait le dirigeant d'une société exerçant une activité de conseil et de transaction en immobilier d'entreprise coupable du délit d'abus de biens sociaux, ayant accepté de payer trois factures fictives émises par une autre société à l'instigation de son négociateur afin d'emporter un marché immobilier, sans rechercher si le dirigeant

avait pris un intérêt direct ou indirect dans le règlement des fausses factures. La cour d'appel n'avait en effet pas mis la Cour de cassation en mesure de s'assurer de la légalité de sa décision au regard de l'article 437, 3°, de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966. Mais il suffit à une Cour de cassation soit de constater l'intérêt direct, c'est-à-dire personnel au dirigeant soit indirect, c'est-à-dire l'intérêt de la société qu'il dirige dès lors qu'il y a commission pour cela d'un acte illicite qui peut entraîner la responsabilité de la société.

L'élément matériel est donc essentiel. Le délit est constitué si :

A. Il y a un acte d'usage de biens (détournement, dissipation, utilisation de salariés de la société à des travaux personnels, du téléphone à des fins privées...), **de crédit** (le crédit d'une société est sa réputation, sa capacité à garantir, qui permet par exemple à un dirigeant de faire cautionner par la société ses dettes personnelles), **l'usage de pouvoirs** (pouvoirs légaux ou statutaires, par exemple le dirigeant qui omet de réclamer à un ami le paiement de services fournis par la société), **l'usage de voix** (c'est-à-dire des procurations de vote que les actionnaires remettent aux dirigeants).

Si on se limite à l'« usage » de « biens et de crédit », celui-ci est défini comme tout acte d'appropriation ou de dissipation du patrimoine de la société, le concept de biens pouvant être entendu de la manière la plus extensive.

Par exemple, le président qui s'attribue avec une autorisation partielle du conseil d'administration des rémunérations élevées, alors que la société n'a qu'une activité réduite et alors qu'il a été nécessaire pour assurer leur versement de faire appel à des emprunts générateurs de frais financiers importants, et que ces rémunérations fixées en fonction d'un train de vie antérieur sont hors de proportion avec le travail réellement fourni (Cass. crim. 6 oct. 1980, Rev. Sociétés 1981, 133, note Bouloc).

Les rapports entre l'« usage » d'un bien et l'usage des pouvoirs sont étroits. Ainsi un dirigeant social qui, en raison de sa situation de majoritaire dans le capital, se fait attribuer une rémunération excessive commet en réalité deux infractions. L'infraction d'abus de pouvoir c'est-à-dire l'usage abusif de tous les droits accordés par la loi ou statuts aux dirigeants sociaux, et un abus de biens sociaux, car le patrimoine de la société est appauvrie. Autre exemple, le dirigeant social qui s'est abstenu de réclamer à une autre société dans lequel il était intéressé le paiement de livraisons faites à cette seconde société (Cass. crim. 1972, Rev. Soc. 1973, p. 357, note Bouloc). En ce cas de cumul idéal, les juges ne retiennent que la qualification d'abus de biens et de crédit, considérant que celle-ci absorbe l'abus de pouvoir (Cass. crim. 19 oct. 1971, Bull. crim. n° 272).

L'abus de pouvoir peut cependant exister de manière autonome, par exemple, si un administrateur conclut une convention avec sa société, sans perte ni profit pour celle-ci, afin de se faire attribuer une commission (Cass. crim. 23 janvier 1963, Bull. crim n° 44).

Quant à l'abus de « voix », principalement procuration, l'incrimination est marginale, avec le vote par correspondance et l'encadrement des procurations délivrées en blanc.

B. Cet usage doit être seulement contraire à l'intérêt social.

Cet usage contraire à l'intérêt social peut être défini comme l'usage qui porte atteinte à l'intérêt de la personne morale entité distincte de ses membres dont l'intérêt ne peut pas être identique.

Ce sont donc en premier lieu tous les actes qui portent atteinte au patrimoine social, le plus souvent cet usage est fait dans un simple but d'enrichissement personnel.

Par exemple, le dirigeant qui fait prendre en charge par la société ses dettes personnelles (Cass. crim. 29 oct. 1998, Rev. Sociétés 1999, p. 180 note Bouloc), les dettes d'une autre société dans laquelle il possède des intérêts (Cass. crim. 13 oct. 1986, Jurisdata n° 1986-701984), le dirigeant qui fait payer par la société les primes de son assurance vie, les factures de sa villa, les échéances de son véhicule personnel acheté en crédit-bail, les cotisations de son club de golf, même si ces dépenses ont un rapport avec son activité professionnelle, par exemple lorsque le dirigeant fait supporter par la trésorerie de la société le règlement des amendes auxquelles il est personnellement condamné et ce

même si la condamnation est liée à l'activité de la société (Cass. crim. 3 février 1992, Bull. crim. n° 49 Rev. Sociétés 1992, p. 535, note Bouloc).

Ce sont, en second lieu, les actes qui font courir un risque anormal au patrimoine social. Par exemple le fait pour un dirigeant social de faire cautionner par sa société une dette personnelle (Cass. crim. 10 mai 1955, Bull. crim n° 234).

C'est aussi, en troisième lieu, un acte conforme aux intérêts de la société, et donc qui ne porte pas atteinte au patrimoine de la société, mais est contraire à la loi. Par exemple, lors de l'utilisation des biens de la société comme « pots de vin » pour gagner un marché, les dirigeants ne cherchent pas directement leur enrichissement personnel mais celui de la société. Depuis l'arrêt Carignon du 27 octobre 1997 (Cass. crim., 27 oct. 1997, D. 1997, IR p. 251 ; Dalloz Affaires 1997, p. 1429, obs. M. Boizard ; Rev. sociétés 1997, p. 869, note B. Bouloc ; Rev. science crim. 1998, p. 336, obs. J.-F. Renucci), la Cour de cassation affirme très nettement que, dès lors qu'il expose la personne morale au risque anormal de sanctions pénales ou fiscales contre elle-même et ses dirigeants, tout acte illicite est forcément contraire à l'intérêt social de la société de telle sorte que désormais, quel que soit le bénéfice que peut en attendre pour sa société le dirigeant, les actes de corruption financés par celle-ci sont passibles du délit d'abus de biens sociaux. Les faits de l'arrêt Carignon du 27 octobre 1997 illustrent l'intérêt de cette solution jurisprudentielle. Pour emporter la concession du service des eaux de la ville de Grenoble, les dirigeants de la société Merlin avaient déboursé 19 millions de francs, et ceux de la Lyonnaise des Eaux, 15 millions de francs. Le maire, A. Carignon, avait ainsi reçu en « cadeau » un appartement à Paris, 122 voyages en avion-taxi, une croisière à bord d'une goélette louée pour lui et sa famille... : « quel que 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 en ce qu'elle expose la personne morale au risque anormal de sanctions pénales ou fiscales contre elle-même ou ses dirigeants et porte atteinte à son crédit et à sa réputation » (Cass. crim. 27 octobre 1997, Bull. crim. n° 352, Rev. soc. 1997, 869, note Bouloc ; Dekeuwer, « défense et illustration de l'incrimination d'abus de biens sociaux dans un système de corruption », JCP éd. E 1998, 310).

Cet arrêt de principe est confirmé depuis à de nombreuses reprises. Un arrêt a réaffirmé expressément en 2003 qu'il n'est nullement exigé que l'utilisation des biens sociaux ait eu lieu à des fins exclusivement personnelles (Cass. crim., 14 mai 2003, D. 2003, AJ p. 1766, obs. A. Lienhard ; D. 2004, Somm. p. 319, obs. M. Segonds ; Rev. sociétés 2003, p. 910, obs. B. Bouloc ; Rev. science crim. 2003, p. 797, obs. D. Rebut ; Bull. Joly 2003, p. 1043, note J.-F. Barbiéri). Un autre **arrêt rendu par la Cour de cassation, chambre crim. du 10 mars 2004** n° 02-85.285 (n° 1445 FS-P+F) **est des plus explicite : la Cour de cassation** justifie la décision d'une cour d'appel qui, pour déclarer le prévenu coupable d'abus de biens sociaux, a constaté que ce dernier a pris en charge le prix d'un billet d'avion pour la Tunisie d'un employé de la Direction de la construction navale et son hébergement pendant six jours au Club Méditerranée et a inscrit cette dépense dans les comptes de la société, et a affirmé que cette dépense est manifestement contraire à l'intérêt de celle-ci en ce qu'elle exposait la société à des poursuites pénales et/ou fiscales et n'apparaît avoir été effectuée que dans l'intérêt personnel du prévenu, qui cherchait, par ce moyen, à sauvegarder le chiffre d'affaires de son entreprise et ses propres intérêts. Cette affaire mêlant, comme souvent, à cette infraction les incriminations de trafic d'influence, favoritisme, usage de faux, escroquerie et abus de confiance. Ainsi, désormais, le critère jurisprudentiel dit de l'intérêt personnel procède désormais d'une vision très large, qui peut même être l'enrichissement de la société dès lors que le dirigeant, exposant la société à des poursuites pénales, fait des biens de la société un usage contraire à l'intérêt de celle-ci (V. D. Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, version nouvelle, Joly éditions, 2004, n° 453).

Un fait justificatif : le groupe de sociétés

Les textes sur l'abus de biens sociaux n'envisagent pas l'hypothèse particulière du groupe de sociétés. Aussi, une interprétation stricte de la loi pénale devrait avoir pour conséquence que les concours financiers accordés au sein du groupe seraient systématiquement soupçonnés d'abus de biens sociaux sans une prise en compte de la spécificité des relations entretenues par les sociétés qui le composent.

Or l'appartenance au groupe impose parfois une atteinte temporaire à l'intérêt social de la société sollicitée - intérêt social protégé par l'incrimination d'abus de biens sociaux – dans l'espoir d'un profit futur tenant au développement et à l'intérêt commun du groupe. Concrètement, il s'agit de concours financiers décidés par un dirigeant apportés par une société à une autre société du groupe, dans l'intérêt du groupe tout entier, quand bien même ce transfert serait contraire à la seule société appauvrie par ce transfert. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a donc élaboré une théorie pénale du groupe de sociétés depuis l'arrêt Rozenblum du 4 février 1985 en vertu de laquelle l'existence d'un groupe de sociétés est susceptible de justifier un concours financier entre deux sociétés s'il répond à certaines conditions tenant à l'existence d'une contrepartie, à l'absence de rupture d'équilibre entre les engagements et au non-dépassement des possibilités financières de la société sollicitée : « le concours financier apporté par les dirigeants de fait ou de droit d'une société à une autre entreprise d'un même groupe dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement, doit être dicté par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée par l'ensemble de ce groupe, et ne doit ni être démunie de contrepartie ou rompre l'équilibre entre les engagements respectifs de ces diverses sociétés concernées ni excéder les possibilités financières de celle qui supporte la charge » (Cass. crim. Rozenblum 4 février 1985, Bull. crim. n° 54, JCP G 1986, II, 20585, note Jeandidier). L'analyse des 88 arrêts relatifs au fait justificatif de groupe rendu entre l'arrêt Rozenblum et 2004 tend à dépasser le contrat doctrinal classiquement dressé de l'inefficacité du fait justificatif en raison de la sévérité des conditions imposées par la jurisprudence. En effet, cet étude révèle que le fait justificatif de groupe de sociétés s'applique en droit positif malgré la sévérité des conditions posées mais que sa pleine efficacité dépend en réalité d'une clarification de la jurisprudence dont le manque de visibilité et de prévisibilité constitue un obstacle à la gestion satisfaisante du risque pénal pesant sur les dirigeants sociaux de groupes de sociétés (Voir Marie-Emma Boursier « Le fait justificatif de groupe dans l'abus de biens sociaux : entre efficacité et clandestinité », in Rev. sociétés 2005, p. 273)

Un fait non justificatif : l'approbation de l'usage de biens par l'assemblée générale

La jurisprudence a toujours refusé tout effet aux autorisations données à l'accomplissement de l'acte abusif, même à l'unanimité, par l'assemblée générale des actionnaires ou des associés (Cass. crim. 26 janvier 1961 et sur renvoi CA d'Amiens 11 juillet 1962, Gaz. Pal. 1963, 1, 438). L'assentiment unanime des associés de l'octroi d'une rémunération excessive par rapport aux possibilités financières de la société n'est donc pas un fait justificatif (Cass. crim. 19 oct. 1971, Bull. crim. n° 272). Le quitus donné par l'assemblée générale après que l'acte ait été commis par le dirigeant social ne saurait donc justifier *a posteriori* et de manière rétroactive un usage abusif des biens sociaux (Cass. crim. 16 déc. 1975, Bull. crim n° 272, JCP 1976 II, 18476 note Delmas-Marty).

Section 6. Infractions relatives aux marchés financiers : le délit d'initié

Article L. 465-1 du Code monétaire et financier

« Est puni de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de dix millions de francs dont le montant peut être porté au-delà de ce chiffre, jusqu'au décuple du montant du profit éventuellement réalisé, sans que l'amende puisse être inférieure à ce même profit, le fait, pour les dirigeants d'une société mentionnée à l'article L. 225-109 du Code de commerce, et pour les personnes disposant, à l'occasion de l'exercice de leur profession ou de leurs fonctions, d'informations privilégiées sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé, de réaliser ou de permettre de réaliser, soit directement, soit par personne interposée, une ou plusieurs opérations avant que le public ait connaissance de ces informations.

Est puni d'un an d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende le fait, pour toute personne disposant dans l'exercice de sa profession ou de ses fonctions d'une information privilégiée sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou

sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé, de la communiquer à un tiers en dehors du cadre normal de sa profession ou de ses fonctions.

Est puni d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 150 000 euros dont le montant peut être porté au-delà de ce chiffre, jusqu'au décuple du montant du profit réalisé, sans que l'amende puisse être inférieure à ce même profit, le fait pour toute personne autre que celles visées aux deux alinéas précédents, possédant en connaissance de cause des informations privilégiées sur la situation ou les perspectives d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé, de réaliser ou de permettre de réaliser, directement ou indirectement, une opération ou de communiquer à un tiers ces informations, avant que le public en ait connaissance. Lorsque les informations en cause concernent la commission d'un crime ou d'un délit, les peines encourues sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 150 000 euros si le montant des profits réalisés est inférieur à ce chiffre.

Est puni des peines prévues au premier alinéa le fait, pour toute personne, de répandre dans le public par des voies et moyens quelconques des informations fausses ou trompeuses sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé, de nature à agir sur les cours. »

Article L. 465-2 du Code monétaire et financier

« Est puni des peines prévues au premier alinéa de l'article L. 465-1 le fait, pour toute personne, d'exercer ou de tenter d'exercer, directement ou par personne interposée, une manœuvre ayant pour objet d'entraver le fonctionnement régulier d'un marché d'instruments financiers en induisant autrui en erreur. »

Article L. 465-3 du Code monétaire et financier

« Les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement dans les conditions prévues par l'article 121-2 du Code pénal, des infractions définies aux articles L. 465-1 et L. 465-2.

Les peines encourues par les personnes morales sont :

1° l'amende suivant les modalités prévues par l'article 131-38 du Code pénal ;

2° les peines mentionnées à l'article 131-39 du Code pénal.

L'interdiction mentionnée au 2° de l'article 131-39 du Code pénal porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise. »

Élément matériel : la réalisation ou le fait de permettre de réaliser soit directement, soit par personne interposée, une ou plusieurs opérations avant que le public ait connaissance des informations privilégiées.

Premier élément : l'auteur des agissements matériels est un initié. L'initié est d'abord l'initié de première catégorie, c'est-à-dire un dirigeant social. L'initié est aussi un initié de fait ou indirect, « personnes disposant, à l'occasion de l'exercice de leur profession ou de leur fonction, d'informations privilégiées » : journaliste financier, architecte, cadre de banque... L'initié peut enfin agir directement ou par personne interposée, pour son bénéfice, mais aussi s'il permet à autrui de réaliser l'opération sur les titres.

Second élément : l'opération doit être réalisée sur un marché. Depuis l'arrêt Péchiney-Triangle, ce marché peut être un marché étranger. Cette opération doit manifester un lien entre la connaissance de l'information privilégiée et la réalisation d'opération boursière. L'opération n'est en effet délictueuse que parce qu'elle repose sur une information privilégiée.

Élément moral : la conscience du caractère illicite est nécessaire.

« Tous les joueurs doivent être à égalité, en Bourse comme ailleurs. Le problème est ici que, pour chaque type d'opération, l'immense majorité des joueurs souffre d'un gros handicap par rapport à une

infime minorité, composée de personnes vivant au sérail de la société concernée. » (Wilfrid Jeandidier, *Droit pénal des affaires*, Dalloz 2001, p. 135, n° 115).

Un premier exemple, l'affaire Péchiney-Triangle, éclaire ce qu'est être mauvais joueur. La société française Péchiney avait décidé une OPA sur les titres de la société américaine Triangle. L'offre est rendue publique le 21 novembre 1988, le cours de l'action Triangle grimant alors au marché hors cote de New York de 10 à 56 \$. Les autorités américaines avertirent la Commission des opérations de Bourse française d'opérations suspectes lors des négociations préalables à cette offre. Elle effectua une enquête, transmise au procureur de la République, concluant à un délit d'initié. En premier lieu, une plus-value de 21 millions de francs avait été réalisée par la Société internationale Discount Bank, domiciliée à Anguilla, petit paradis fiscal des Antilles, après des achats réalisés pour son compte par une société suisse dirigée par Charbel Ghanem, renseignée par Samir Traboulsi, conseil de la société Triangle. En second lieu, une plus-value de 16 millions de francs avait été réalisée par Roger-Patrice Pelat, la Compagnie parisienne de placements, Max Théret et Robert Reiplinger, renseignés par Alain Boublil, directeur du cabinet du ministre de l'Économie et des Finances. Pour délit d'initié, Alain Boublil est condamné à deux ans d'emprisonnement dont un avec sursis, et Samir Traboulsi à la même peine d'emprisonnement et à 20 millions de francs d'amende, et pour recel de délit d'initié, Roger Reiplinger à quinze mois d'emprisonnement avec sursis et deux millions de francs d'amende et Max Theret à deux ans d'emprisonnement avec sursis et 2,5 millions de francs d'amende (Paris, 6 juillet 1994, RJDA, 1994, n° 1151 ; Bull. Joly Bourse 1994, p. 583, note Jeantin ; Cass. crim. 26 oct. 1995, Bull. ; crim. n° 324 ; Rev. soc., note Bouloc).

Le second exemple est plus banal, mais retrace bien la pratique de ce délit : un P-DG avait diffusé, au cours d'une réunion avec des analystes financiers, des informations trompeuses et fausses sur les perspectives financières de la société. Il avait parfaitement conscience de la fausseté des informations. Il a sciemment diffusé ces informations afin de maintenir le cours du titre dans une période sensible de reconstitution de l'actionnariat et d'augmentation du capital. De plus, ce P-DG avait mis sur le marché tous ses titres, moins un, alors qu'il bénéficiait d'informations privilégiées sur les perspectives et la situation de la société en cause, selon lesquelles la continuité de l'entreprise n'était plus assurée du fait du désengagement des actionnaires de référence et de la non-réalisation des accords commerciaux dont dépendait l'évolution attendue du chiffre d'affaires et des résultats de l'exercice en cours. En diffusant des fausses informations pour agir sur les marchés et en réalisant sur le marché, directement et à son seul bénéfice, une opération de cession des titres qu'il détenait personnellement sur le fondement de telles informations, le prévenu s'est rendu deux fois coupable du délit d'initié, sans qu'il y ait lieu de s'arrêter au mobile avancé par lui pour tenter de justifier son acte, consistant à arguer du fait qu'il s'agissait d'un simple moyen de pression sur ses actionnaires de référence afin qu'ils respectent leurs engagements. Une peine d'amende de 450 000 F est prononcée, CA Paris, 9^e ch. A, 18 déc. 1995 ; Landauer [Juris-Data n° 024280].

Section 7. Le nouveau dispositif du droit américain : la loi Sarbanes-Oxley

Pour lutter contre les formes d'abus mises en lumière lors de scandales récents, tels ceux qui ont secoué Enron, WorldCom, HealthSouth et Adelphia, une politique législative et judiciaire a été élaborée depuis l'année 2002.

Le Congrès américain a voté la loi Sarbanes-Oxley en juillet 2002. Celle-ci constitue la plus grande réforme du droit des sociétés depuis soixante ans. Elle donne à la justice et aux organes de réglementation de nouveaux moyens de renforcer la gouvernance d'entreprise, d'améliorer la responsabilité et la communication des informations à fournir et de protéger aussi bien les salariés de l'entreprise que ses actionnaires.

Sous peine d'emprisonnement, la loi exige des plus hauts responsables de la société qu'ils certifient sur l'honneur que les états financiers de l'entreprise sont le reflet fidèle et exact de sa situation

financière et de ses résultats d'exploitation ; et des auditeurs, qu'ils exercent leurs responsabilités en procédant à l'examen indépendant des états financiers de l'entreprise et qu'ils en certifient l'exactitude et la fiabilité. Patrons et directeurs financiers certifient désormais devant la SEC (le gendarme de la Bourse) la sincérité des comptes de leur entreprise. Autres points figurant dans la loi, l'exigence de constituer un comité d'audit, et des mécanismes de contrôles internes tels les *whistleblowers*. En outre, la loi protège les salariés contre des représailles au cas où ils révéleraient les pratiques répréhensibles des dirigeants d'entreprise et elle exige que les renseignements donnés aux investisseurs soient véridiques, exacts et dépourvus de supercherie. La loi américaine interdit les prêts, de quelque nature qu'ils soient, aux dirigeants d'entreprises cotées en Bourse. Cette loi, toutefois, ne concerne ni les entreprises non cotées ni les prêts accordés avant le 30 juillet ou ceux destinés aux autres employés (non dirigeants) d'une entreprise cotée. Avant la nouvelle loi Sarbanes, ces prêts accordés aux membres de l'équipe dirigeante ou du conseil d'administration étaient devenus monnaie courante. Au point que le P-DG du fabricant d'appareils multimédias SonicBlue, Kevin Potashner, a été licencié pour avoir réclamé aux membres de son conseil d'administration le remboursement de prêts préférentiels qui leur avaient été accordés. Une partie (ou la totalité) du remboursement du prêt pouvait en effet être « oubliée » chaque année afin d'inciter le dirigeant à rester au sein de l'entreprise. Dans les comptes de la société, des prêts de ce genre sont alors enregistrés comme des créances qui ne seront jamais réclamées. La loi interdit désormais ces éléments hors bilan (*off balance sheet*).

Pour Alan Anderson, senior vice-président de l'Association américaine de la profession comptable (AICPA), « cette loi constitue une tentative pour libérer les entreprises et leurs auditeurs de la pression des marchés et pour qu'ils se concentrent sur leur métier ».

Le président George Bush a créé en juillet 2002 le groupe de travail sur la fraude d'entreprise. Ce groupe, qui est présidé par le vice-ministre de la Justice, se compose de fonctionnaires de ce ministère qui ont pour mission de renforcer la répression des activités criminelles et d'un collectif interministériel d'organismes d'enquête et de réglementation dont la tâche consiste à maximiser la coopération entre tous les éléments pertinents de l'État fédéral, notamment sur le plan de la réglementation, des enquêtes et des mécanismes d'application, dans les affaires qui ont trait aux violations par des sociétés du droit fédéral. Le recours à certains des outils mis à la disposition de la justice avec l'adoption de la loi Sarbanes-Oxley et consécutivement à l'élaboration de stratégies et de politiques pertinentes sous l'égide du groupe de travail sur la fraude d'entreprise a permis d'accélérer aussi bien le déroulement d'enquêtes sur des cas d'activités frauduleuses de la part de dirigeants de société que les poursuites judiciaires intentées contre eux.

Voici des exemples de ces **outils novateurs** :

- La possibilité de mobiliser les ressources et les compétences des organismes fédéraux à un stade précoce de l'enquête, ce qui permet de conclure cette dernière plus rapidement et d'entamer les poursuites judiciaires sans tarder. Dans bien des cas, cela signifie que les ressources des organismes de réglementation, telle la *Securities and Exchange Commission* (la commission des opérations boursières des États-Unis ou SEC), sont mises à contribution dès l'ouverture de l'enquête dans le cadre d'une démarche commune, au lieu d'attendre que la SEC ait conclu son examen avant d'autoriser la mise en route d'une enquête judiciaire.
- Le découpage des enquêtes complexes en unités plus petites, et donc plus faciles à traiter, lesquelles donnent lieu à des poursuites judiciaires plus rapides parce que les enquêteurs, les procureurs et les jurés sont plus à même de les comprendre. Lorsque le champ d'une enquête judiciaire est défini de manière précise, les dirigeants d'entreprise et autres responsables impliqués dans des actes frauduleux sont davantage susceptibles d'accepter une transaction en matière pénale. Celle-ci est l'aboutissement de la négociation entre le ministère public et la défense à l'issue de laquelle l'accusé plaide coupable, ce qui lui vaut généralement l'abandon de certains chefs d'accusation ; en outre, l'accusation peut s'engager à recommander au tribunal l'application d'une peine moins lourde. Dès lors, au lieu de passer des années à enquêter sur des mécanismes complexes de fraude d'entreprise (ce qui était le cas il y a encore quelques années), les autorités

parviennent maintenant à conclure les enquêtes et les poursuites judiciaires en l'espace de quelques mois seulement.

- Le recours à des moyens énergiques et novateurs pour obtenir la coopération des dirigeants d'entreprise avant le dépôt d'un acte d'accusation au pénal. En règle générale, la question de leur coopération est étroitement liée à celle de la responsabilité pénale de l'entreprise. De plus en plus souvent, les sociétés sont tenues responsables jusqu'au bout des poursuites judiciaires ou des règlements négociés. Une société ou toute autre personne morale peut être tenue de payer une amende, être placée en probation et soumise à l'obligation de restitution, et être contrainte de porter ses activités illicites à la connaissance tant de ses victimes que du grand public. Conformément aux conditions de la période de probation, la société peut se trouver dans l'obligation de prendre des mesures propres à remédier au préjudice qu'elle a causé et de supprimer, ou de réduire, le risque de récidive.
- Par ailleurs, le ministère de la Justice a de plus en plus fréquemment recours aux accords de poursuite suspendue, option moins punitive et au préjudice collatéral moindre. Ceux-ci prévoient normalement le dépôt de chefs d'accusation au pénal, étant entendu que les poursuites seront abandonnées au bout d'une période de temps définie si la société s'acquitte de ses obligations. Généralement, celle-ci doit assumer la responsabilité des actes de ses salariés, faire restitution et renoncer à tout gain financier mal acquis, mettre en place des programmes efficaces de surveillance, faire appel à un contrôleur indépendant en vue de l'examen des activités de la société et s'engager à coopérer pleinement avec le ministère public dans le cadre de ses enquêtes sur la culpabilité éventuelle de certaines personnes. Un juge peut majorer l'amende du montant de tout gain que l'entreprise aurait retiré de ses activités frauduleuses et qui ne serait visé ni dans la restitution ni par les autres mesures correctrices. En cas de violation, aussi minime soit-elle, des termes de l'accord, la société s'exposerait à des poursuites judiciaires en bonne et due forme.
- À d'autres occasions, le ministère de la Justice a conclu des accords de coopération avec des entreprises. Ces accords englobent la plupart des éléments d'un accord de poursuite suspendue, à cette différence près qu'une action en justice est évitée. Les accords de coopération permettent à l'entreprise d'éviter toutes conséquences collatérales potentielles qui seraient associées au fait que des chefs d'accusation ont été retenus contre elle ; celle-ci demeure cependant tenue d'accepter sa responsabilité, de faire restitution et de rendre tout bien mal acquis, de coopérer pleinement et d'appliquer des mesures correctrices.
- Le fait de poursuivre en justice ceux qui facilitent la fraude et qui font obstruction aux enquêtes, soit dans le cadre d'un procès distinct au pénal, soit dans le cadre du procès intenté en raison de la fraude d'entreprise.
- L'application du droit civil et de la réglementation, souvent dans le contexte de procès en marge des enquêtes et des poursuites au pénal. Ceci garantit une certaine rapidité d'action, facteur propice à la protection des investisseurs et des consommateurs contre la fraude d'entreprise.
- La vague actuelle de poursuites judiciaires engagées contre des dirigeants d'entreprise porte ainsi sur toute une panoplie d'incriminations pénales dont la falsification de registres et d'autres documents, la communication d'états financiers frauduleux tant au public qu'aux organismes de réglementation, la création de comptes et de relations en partie double destinés à masquer les activités frauduleuses, l'abus de pouvoir de hauts responsables qui recherchent des gains personnels au détriment de l'entreprise et les délits d'initiés. Souvent, des chefs d'accusation sont retenus pour des motifs connexes : obstruction des audits et des enquêtes liés à des actes frauduleux, destruction ou falsification des registres de l'entreprise, faux serments devant une chambre de mise en accusation et les autorités d'enquête, etc.

Quelques exemples de **poursuites judiciaires pour fraude d'entreprise**

Enron

Le 8 novembre 2001, Enron annonçait qu'il allait corriger ses états financiers depuis 1997 jusqu'au premier semestre de 2001. Il reconnaissait qu'il aurait dû intégrer dans ses comptes trois entités liées à son activité, ces Special Purpose Entities (SPE) qui jusqu'alors n'avaient pas été consolidées.

Or Kenneth Lay et Jeffrey Skilling, respectivement ex-P-DG et directeur général d'Enron, avec l'aide du directeur financier Andrew Fastow et de son adjoint Michael Kopper, avaient monté des partenariats financiers qui ont permis de sortir du bilan d'Enron des pertes colossales et d'enregistrer à titre personnel (de même que les autres employés ayant été impliqués dans ces opérations) des sommes faramineuses. Ces montages répondaient à des noms aussi obscurs que Chewco, Southampton et surtout LMJ2. Kopper a ainsi déclaré devant un tribunal de Houston qu'il avait transféré « une partie des gains [de Chewco] à l'ancien directeur financier d'Enron et à sa famille » tout en conservant pour lui-même 3 millions de dollars. Il a également accepté de rembourser 12 millions de dollars gagnés illégalement. Dans la foulée de ces déclarations, les enquêteurs ont réclamé la saisie de 23,6 millions de dollars à Andrew Fastow et plusieurs de ses proches au motif que ces sommes ont été obtenues frauduleusement.

La faillite du courtier américain qui a suivi rapidement la révélation de ces pratiques comptables a porté un coup de projecteur sur la technique très utilisée des montages « déconsolidants », qui suscitent dans le monde une doctrine comptable abondante. Le concept est assez simple à concevoir mais peut susciter une ingénierie financière très complexe. L'entreprise qui y recourt cherche à alléger son bilan d'un ou de plusieurs actifs devant normalement être financés par des fonds propres ou des fonds empruntés. Une entité distincte, la SPE, va être créée sous la forme d'une société, un partnership ou un trust, pour réaliser des opérations bien définies pour le compte de l'entreprise qui lui cède ses actifs, et qui joue en quelque sorte un rôle de sponsor de la SPE. Un exemple typique consiste à créer une SPE pour qu'elle acquière et finance, le plus souvent par emprunt bancaire, un actif industriel que l'entreprise cédante va continuer à exploiter. Cette dernière peut, dès lors, « déconsolider » une usine ou un immeuble cédé, alors que figurent dans son hors-bilan les engagements de loyers à payer sur une certaine période. La SPE peut aussi racheter des créances et se charger à son tour de les encaisser. Les choses sont pourtant loin d'être aussi simples pour traduire comptablement ces montages. Tel n'est pas le souci des banques, qui rivalisent d'ingéniosité pour vendre à leurs clients ces montages déconsolidants. Mais l'auditeur, qui se penche sur les comptes de l'entreprise « sponsor » de la SPE, doit examiner de près la participation détenue par les actionnaires de la SPE, ce qui va déterminer s'il faut consolider ou non cette entité.

À supposer qu'il y a bien eu transfert de l'actif vers la SPE, la question qui demeure est celle de la personne qui va endosser les pertes de cette entité si celle-ci devait disparaître. Les normes comptables américaines stipulent alors de manière très précise qu'un actionnaire qui aurait investi plus de 3 % de la valeur des actifs de la SPE doit en supporter les pertes en cas de liquidation. Dans l'affaire Enron, le seuil de détention de 3 % du capital aurait été dépassé par un tiers dans plusieurs SPE, ce qui a conduit à les faire sortir du périmètre de consolidation. Or, la correction brutale qui a été effectuée ces dernières semaines dans les comptes du courtier laisse penser que la règle comptable américaine de consolidation a été transgressée, ce qu'une longue reconstitution permettra d'établir. Parmi les nombreuses transactions quasi frauduleuses imaginées par la direction financière d'Enron figure une opération réalisée avec Global Crossing. À l'image d'Enron, cet opérateur de télécommunications est aussi au centre de plusieurs scandales financiers. Il s'est placé sous la protection du chapitre 11 de la loi américaine sur les faillites. En mars 2001, Enron achète un droit d'utilisation à long terme sur un circuit optique de Global Crossing. Le prix est fixé à 17 millions de dollars. Simultanément, Global Crossing passe un contrat de location de services réseaux sur cette même fibre optique à Enron pour une durée de huit ans. Les montants en œuvre semblent à peu près les mêmes mais il s'agit en réalité d'un prêt déguisé qu'Enron octroie à Global Crossing au taux rémunérateur de 18 % l'an. Comme d'habitude, Enron a décidé de comptabiliser en 2001 un profit brut de 5 millions de dollars sur cette transaction (il correspond aux futurs profits qui devaient être engrangés sur la durée du contrat).

Global Crossing a pu améliorer artificiellement son cash-flow sur cette vente virtuelle d'actifs mais cela ne l'a pas empêché, par la suite, de faire faillite. Le groupe de travail du ministère de la Justice sur la société Enron a porté des accusations contre 33 personnes, dont 24 anciens salariés de cette société, parmi lesquels figurent le président du conseil d'administration, deux présidents-directeurs généraux (P-DG), le directeur financier, un trésorier, trois P-DG de filiales, le vice-président général chargé des relations avec les investisseurs et un secrétaire général. Au total, 22 personnes, dont l'ancien directeur financier, ont plaidé coupables ou ont été reconnues comme telles à l'issue d'un procès, et plus de 161 millions de dollars de profits illicites ont été saisis. Pas plus tard qu'en novembre 2004, un jury a déclaré 5 cadres supérieurs de la société Enron et du groupe de gestion financière Merrill Lynch coupables de fraude, de faux serment et d'obstruction à la justice dans le cadre d'une affaire complexe de fraude financière.

Dans l'affaire Merrill Lynch comme dans l'affaire Enron, le ministère de la Justice et la SEC ont œuvré en étroite collaboration. Merrill Lynch a réglé à l'amiable les plaintes au civil avec la SEC et il a conclu un accord de poursuite suspendue avec le ministère de la Justice en vertu duquel il s'est engagé à adopter un certain nombre de réformes radicales et à nommer un contrôleur chargé de vérifier l'application des réformes convenues et d'en faire rapport au ministère de la Justice et au tribunal compétent. De plus, les procédures américaines de « négociation-transaction » pénales ont montré leur efficacité : dans l'affaire Enron, après un accord avec le comité gouvernemental chargé de l'enquête, Michael Kopper a reconnu avoir été impliqué dans des opérations de blanchiment d'argent et de conspiration en vue de fraude électronique. Il a admis que M. Fastow et lui avaient monté et utilisé de complexes partenariats financiers. Michael Kopper a ensuite conclu un accord avec la justice américaine saisie par une plainte déposée par le gouvernement américain contre trois banquiers britanniques impliqués dans Southampton LP, l'un des partenariats financiers orchestrés par Fastow et Kopper. Ainsi, l'adjoint au directeur financier de Enron est devenu alors le témoin numéro un du dossier d'accusation contre Andrew Fastow, Kenneth Lay et Jeffrey Skilling, respectivement ex-P-DG et directeur général d'Enron.

HealthSouth

La commission de l'énergie et du commerce de la Chambre des représentants a lancé une enquête sur le groupe américain de services médicaux HealthSouth, accusé de manipulations comptables portant sur plus de deux milliards de dollars, et sur le rôle de la société d'audit Ernst and Young. Il semble que HealthSouth ait maintenant rejoint la liste des entreprises « comme Enron, Global Crossing et WorldCom qui ont gonflé leurs chiffres d'affaires et leurs bénéfices pendant plusieurs années grâce à des pratiques comptables frauduleuses », affirme le républicain Billy Tauzin, président de la commission de l'énergie et du commerce. La justice et la Commission des opérations de Bourse (SEC) estiment actuellement que les fraudes comptables ont permis à HealthSouth de gonfler « ses bénéfices de 2,5 milliards de dollars depuis 1997 », selon M. Tauzin. Le fait que les irrégularités comptables aient duré plusieurs années et aient impliqué la direction de HealthSouth « soulève des questions sur le rôle de Ernst and Young, chargé d'auditer les comptes du groupe, ajoute-t-il. Dix-sept autres cadres supérieurs de la société HealthSouth, dont 5 anciens directeurs financiers, ont plaidé coupables à une accusation de fraude et ont accepté de coopérer dans le contexte de l'enquête et du procès. L'affaire a été instruite en liaison avec la SEC. Richard Scrushy, l'ancien P-DG et président du conseil d'administration de la société HealthSouth (fournisseur de services de santé), a été mis en examen pour fraude, de nombreux chefs d'accusation ayant été retenus contre lui. On lui a notamment reproché de gonfler les bénéfices et la valeur des biens de la société ainsi que de falsifier ses documents financiers. Ses co-accusés et lui auraient déclaré des bénéfices fictifs de l'ordre de 2,7 milliards de dollars afin d'inciter la société à leur accorder, en sus de leur salaire, des primes, des options d'achat d'actions et d'autres avantages calculés sur la base de chiffres artificiellement élevés. Seul Richard Scrushy, l'ancien P-DG de HealthSouth, a été acquitté en juin 2005 des chefs d'accusation de fraude comptable qui pesaient contre lui.

Adelphia Communications

La SEC a porté plainte contre Adelphia Communications, sixième câblo-opérateur américain, son fondateur et P-DG John Rigas, et ses trois fils accusés, d'avoir commis « *l'une des plus importantes fraudes financières jamais commises par une entreprise cotée en Bourse* ». La SEC a également porté plainte contre deux autres dirigeants du groupe, désormais en faillite, James Brown et Michael Mulcahey. La SEC accuse Adelphia d'avoir caché 2,3 milliards de dollars de dette bancaire en la parquant dans des filiales qui n'apparaissent pas dans sa comptabilité, d'avoir gonflé ses résultats et d'avoir caché l'utilisation de fonds de l'entreprise par la famille Rigas. John Rigas, le fondateur d'Adelphia, a ainsi confondu les comptes de la société avec sa cagnotte personnelle. La société Adelphia avait reconnu en mars avoir prêté 2,3 milliards de dollars au holding de la famille Rigas, ce montant avait été réévalué ensuite à 3,1 milliards de dollars, dont une partie a servi à acquérir des titres Adelphia.

John Rigas, le fondateur et directeur de Adelphia Communications, a été condamné à quinze ans de prison en juin 2005 par le US District Court à New York pour conspiration et fraude qui ont éventuellement conduit le cinquième plus grand fournisseur de réseau câble au pays à la faillite. Son fils et ancien directeur financier, Timothy Rigas, a été condamné à vingt ans de prison pour son rôle dans l'affaire. Le juge Leonard Sand a ordonné aux deux hommes de se rendre à la prison avant le 19 septembre. Adelphia (« frère » en grec) offre un service de câble digital pour la télévision et pour l'Internet à des clients dans plus de 31 États des États-Unis. John Rigas a fondé Adelphia en 1952 dans la ville de Coudersport, Pennsylvanie, avec un investissement de 300 \$US et plusieurs acquisitions. La compagnie est devenue l'un des plus grands réseaux de la nation fournissant des services de fibre optique. En 2002, la famille Rigas a renoncé au contrôle de la compagnie et Adelphia a depuis déménagé son siège social au Colorado ; Time Warner et Comcast sont présentement en processus d'acquérir la compagnie en société en participation. En 2004, les procureurs fédéraux ont accusé les Rigas d'avoir pillé Adelphia de plus de 100 millions de dollars US, de dissimuler une dette de 2 milliards de dollars US, d'avoir menti au public par rapport à la situation financière de la compagnie et d'avoir utilisé Adelphia pour leur « compte de banque personnel » afin de subventionner leur mode de vie excessif. Selon des témoignages, les Rigas ont utilisé l'argent de la compagnie pour acheter 17 véhicules et un terrain de golf privé et pour payer des pertes d'investissements personnels. Le lundi 20 juin 2005, John Rigas et Timothy Rigas ont été reconnus coupables de 18 chefs d'accusation. L'ancien P-DG et l'ancien directeur financier du câblo-opérateur américain Adelphia Communications ont ainsi notamment été reconnus coupables d'entente, de fraude en valeurs mobilières, de fraude bancaire, de pratiques financières et comptables irrégulières et d'abus de biens sociaux, actes qui ont porté préjudice aux actionnaires et aux créanciers de l'entreprise. L'enquête et les poursuites judiciaires ont été ainsi menées en étroite coordination avec la SEC, laquelle a institué une procédure parallèle.

Cette peine étant l'une des plus sévères se rapportant aux crimes commis par des cols blancs, les procureurs envoient un message clair aux administrateurs d'entreprises que le gouvernement des États-Unis prend au sérieux à savoir la mission de maintenir l'intégrité de ses marchés financiers.

PNC et American International Group (AIG)

Ces deux affaires connexes, concernant le recours frauduleux à des sociétés spécialisées, illustrent l'intérêt des accords de poursuite suspendue que le ministère de la Justice peut conclure pour sanctionner les actes préjudiciables des entreprises. Les deux sociétés financières s'étaient arrangées pour faire passer plus de 750 millions de dollars en prêts et en investissements douteux des livres de compte du groupe PNC à ceux de sociétés spécialisées. Conformément aux accords conclus, le ministère de la Justice avait accepté de renoncer à poursuivre ces deux groupes à condition qu'ils coopèrent pleinement avec lui pendant la période de probation qui leur est accordée, qu'ils procèdent à des réformes internes et à l'examen rétrospectif de certaines transactions financières et qu'ils acceptent des mesures punitives, dont le paiement d'amendes et la restitution des sommes détournées. Ainsi, le premier courtier mondial d'assurance, Marsh & McLennan, a versé 850 M\$US pour mettre fin aux

poursuites. Et American International Group avait accepté en novembre de verser 126 M\$US pour mettre un terme aux poursuites engagées à son encontre par le département de la Justice et la SEC.

Mais, en dépit de cet accord, l'assureur American International Group a reçu de nouvelles citations à comparaître du procureur général de New York, Eliot Spitzer, et de la Securities and Exchange Commission (SEC), au sujet de certains produits commercialisés par le groupe et qui auraient permis aux sociétés y ayant souscrit de « lisser » leur résultats. Le procureur et l'autorité boursière américaine se demandent si AIG et d'autres assureurs n'ont pas vendu des polices d'assurance susceptibles d'avoir aidé certaines sociétés à dissimuler des pertes, ces produits fonctionnant comme des emprunts permettant de masquer une baisse de résultats. Ces demandes de la justice, qui portent aussi sur des polices de réassurance et la façon de les comptabiliser, ont été faites à la société cinq jours après qu'elle ait annoncé, lors de la publication de ses résultats du 4^e trimestre, qu'au terme d'une enquête interne, les sociétés du groupe n'avaient à son avis pas enfreint la loi, à l'exception d'une filiale, American Home Assurance.

Worldcom

Bernard Ebbers, 63 ans, a été jugé responsable en mars 1995 par le tribunal d'instance de Manhattan d'avoir orchestré une fraude portant sur onze milliards de dollars, et accusé par ailleurs d'association de malfaiteurs et de production de faux. Il était cependant libre moyennant une caution de dix millions de dollars, garantie en partie par sa maison du Mississippi d'une valeur de 2,5 millions. Il a rendu son passeport et ses déplacements aux États-Unis étaient limités à New York, Washington, le Mississippi et la Louisiane. Ancien entraîneur d'une équipe lycéenne de basket devenu magnat des télécoms, Ebbers avait fait de la start-up du Mississippi le deuxième opérateur longue distance américain, amassant au passage une fortune colossale avant la faillite du groupe en 2002. « Si l'on mesure objectivement le dommage causé, la conduite d'Ebbers a été aussi préjudiciable aux actionnaires que celle de John Rigas (fondateur du câblo-opérateur Adelphia Communications, condamné le 20 juin à 15 ans de prison pour fraude) », estime le parquet en appel. Bernie Ebbers, symbole de la réussite sociale à l'américaine, a camouflé pendant deux ans 7,2 milliards de dollars de charges courantes. Bernard Ebbers aurait, entre 2000 et 2002, gonflé la valeur de l'action et les résultats de l'entreprise pour rassurer les investisseurs et les marchés. Or la société traversait les pires difficultés. Très vite, les malversations ont été découvertes : 11 milliards de dollars !, soit la fraude la plus importante de l'histoire du pays. L'opérateur longues distances doit alors se placer sous la protection de la loi sur les faillites en juillet 2002 avant de sortir la tête de l'eau après un énorme ménage interne. Pour survivre, le groupe a mis en place un féroce et très long plan de restructuration qui s'est traduit par l'annulation de 74,4 milliards de dollars de bénéfices avant impôts sur la période 2000 et 2001, notamment à cause d'un total de 59,8 milliards de provisions pour dépréciation de son fonds de commerce. Par ailleurs, 22 000 emplois dans le monde ont été supprimés et 90 % de la dette (35 milliards de dollars) ont été remboursés. Enfin, l'opérateur s'est rebaptisé MCI afin de tourner définitivement la page. En avril 2004, MCI sortait du régime des faillites. En un an, au 30 septembre 2004, les pertes trimestrielles du groupe sont passées de 55 millions à 3,4 milliards de dollars, soit 10,65 dollars par action. Mis en accusation en mars 2004, l'ancien patron a décidé de plaider non coupable.

Lors du procès, Scott Sullivan, ex-directeur financier de WorldCom, qui a déjà plaidé coupable de fraude, était un témoin à charge : « Bernie avait une connaissance de ce qui se passait bien supérieure à celle de nombreux financiers » a-t-il assuré aux juges. Il a expliqué comment Ebbers avait lui-même « ajusté » les comptes entre 2000 et 2002, en pleine crise du secteur des télécommunications. Cette modification, le financier prétend l'avoir réalisée avec l'accord de Ebbers et d'autres dirigeants : « nous discussions des ajustements avec David Myers (ancien contrôleur de gestion), il y avait des calculs destinés à réduire les dépenses » ajoute-t-il. Il s'agissait simplement d'augmenter les recettes et de diminuer les dépenses, pour ne pas faire baisser les cours des actions en Bourse et de ne pas éveiller les doutes des analystes. « J'avais une énorme pression et son origine c'était Bernie », a encore déclaré Sullivan. Le parquet fédéral américain a en effet requis 85 ans de prison pour l'ancien P-DG de Worldcom dans le cadre du scandale comptable à l'origine de la faillite de l'équipementier télécoms en 2002. Bernard J. Ebbers, ancien patron de l'opérateur, vient d'être condamné par la juge Barbara

Jones à 25 ans de prison. « Toute peine inférieure ne reflèterait pas la gravité du crime », a déclaré le juge qui a prononcé cette sentence. « Cela me semble assez clair que M. Ebbers est celui qui a dirigé l'activité criminelle dans cette affaire », a-t-elle ajouté.

CHAPITRE 2. LE DROIT PÉNAL DE LA CONCURRENCE

Le droit pénal de la concurrence est particularisé par l'influence du droit européen sur l'élément légal de l'infraction ; par des dispositifs administratifs de contrôle et de sanction ; par la possibilité de sanction pénale venant s'ajouter à ces sanctions administratives.

Deux grandes incriminations résument ce droit de la concurrence : la prohibition des ententes et des abus de position dominante. Mais cette répression de l'entente et de l'abus de position dominante est une répression para-pénale. La nullité de l'entente peut être prononcée par le juge civil ou commercial. Le conseil de la concurrence, dans sa fonction juridictionnelle se saisissant lui-même ou saisi par une entreprise victime de l'entente, peut, après enquête, faire injonction de cesser l'entente, voire prononcer une sanction pécunière qui peut se monter à 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours du dernier exercice clos. Le Conseil de la concurrence, nouvel organe créé par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, est donc chargé de veiller au respect des règles de concurrence. Il se substitue à la Commission de concurrence qui auparavant remplissait la même fonction. Le Conseil comprend seize membres nommés pour une durée de six ans. Les règles de composition démontrent la volonté d'assurer l'indépendance de cet organisme, souvent qualifié d'autorité administrative indépendante.

Les fonctions conférées au Conseil de la concurrence sont de deux ordres. Celui-ci a en premier lieu des *compétences consultatives*. Un avis peut lui être demandé par les juridictions qui ont à connaître des pratiques anticoncurrentielles. Le Conseil peut aussi être consulté par les commissions parlementaires sur les propositions de lois ainsi que sur toute question concernant la concurrence. Il répond enfin aux demandes d'avis émanant du Gouvernement, des collectivités territoriales, des organisations professionnelles et syndicales, des organisations de consommateurs agréées et des organismes professionnels. Le Conseil est obligatoirement consulté par le gouvernement sur tout projet de texte réglementaire instituant un régime nouveau ayant des effets restrictifs sur la concurrence, ainsi que sur tout décret réglementant les prix des secteurs où la concurrence est structurellement limitée.

Le Conseil a en second lieu des *compétences contentieuses*. Il examine en effet si les pratiques dont il est saisi peuvent être considérées comme anticoncurrentielles et sanctionnées à ce titre. Le Conseil peut être saisi par le ministre de l'Économie. Il peut se saisir d'office ou être saisi par les entreprises ou certains organismes professionnels.

La procédure devant le Conseil est aménagée de telle sorte que les droits de la défense soient respectés. La cour d'appel de Paris est compétente pour statuer sur les recours formés contre les décisions du conseil de la concurrence.

Il reste cependant que cette dépénalisation du droit de la concurrence n'est que partielle. La répression pénale subsiste. Elle est, par exemple, prévue à l'article L. 420-6 du Nouveau Code de commerce pour l'entente et l'abus de position dominante : emprisonnement de 4 ans et amende de 75 000 euros.

Et un droit très spécifique vient aussi protéger contre les atteintes à la propriété intellectuelle.

Devant cette complexité du droit de la concurrence, il faut retenir les principales incriminations, qu'elles soient para-pénales ou pénales.

Section 1. Les ententes

L'article 85 § 1 du traité de l'Union européenne pose le principe selon lequel « sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence. »

L'entente est comprise de manière extensive puisqu'il s'agit de tous accords entre entreprises, toutes décisions d'association d'entreprises et toutes pratiques concertées susceptibles d'avoir un effet restrictif. L'entente est prohibée qu'elle ait un effet ou un objet anticoncurrentiel. Une entreprise peut demander à la Commission des Communautés européennes qu'elle lui délivre une attestation négative constatant que l'entente ne remplit pas les conditions de la prohibition.

L'entente peut faire l'objet d'exemptions individuelles ou collectives.

Pour obtenir une exemption individuelle l'entreprise concernée doit en principe saisir la Commission par voie de notification. À la suite de l'examen du dossier, la Commission a la possibilité d'accorder une exemption pour une durée limitée. L'exemption peut être assortie de conditions. La Commission apprécie les conséquences de l'entente et recherche si son bilan économique et social est positif.

L'exemption individuelle suppose que l'entente contribue à l'amélioration de la production ou de la distribution ou à la promotion du progrès économique en réservant une partie équitable du profit aux utilisateurs sans entraîner de restrictions de concurrence non indispensables ni supprimer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause.

L'exemption collective est accordée par la Commission par voie de règlement. Il y a ainsi des exemptions par catégorie (pour des accords de franchise, de licence de savoir-faire). Le règlement d'exemption précise les clauses des accords qui sont valables, celles qui ne le sont pas et celles qui sont valables à certaines conditions.

Un règlement d'exemption par catégorie confère de plein droit le bénéfice de l'exemption aux ententes qui tombent dans son champ d'application.

En droit interne l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, désormais codifié à l'article **L. 420-1 du Nouveau Code de commerce** vise quatre cas :

« Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :

- 1° limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;
- 2° faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;
- 3° limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;
- 4° répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement. »

Ceux-ci peuvent éventuellement se cumuler.

Par exemple, des fabricants de produits cosmétiques avaient mis en place des réseaux de distribution sélective en pharmacie conduisant à une distribution exclusive de ces produits en pharmacie. Cette pratique empêchait d'autres détaillants que les pharmaciens de vendre des produits (1^{er} cas). Elle favorisait la hausse de prix par la diffusion de prix conseillés à des revendeurs habitués à respecter des prix légalement imposés en matière de médicaments (2^e cas). Elle limitait les débouchés en répartissant les marchés (3^e et 4^e cas), (Cour d'appel de Paris, 28 janvier 1988, D. 1989, note Bolze, Cass. com. 25 avril 1989, D. 1990, p. 64.)

Ne sont sanctionnables que les comportements qui dépassent un certain seuil de sensibilité. L'application de la règle dite de raison conduit également à ne pas sanctionner des comportements dès

lors que les restrictions sont limitées au strict nécessaire et qu'elles ont par ailleurs des conséquences positives pour les consommateurs.

Comme en droit communautaire, certaines ententes sont admises, soit que la loi le permette, soit qu'elles assurent un progrès économique et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte. Les exemptions accordées par le Conseil de la concurrence peuvent être individuelles ou collectives.

Section 2. L'abus de position dominante

En droit communautaire, les entreprises en position dominante sont sanctionnables dès lors que leurs comportements sont de nature à influencer la structure du marché (par exemple en excluant des concurrents actuels ou potentiels). L'article 86 du traité de Rome sanctionne par exemple l'imposition de prix ou de conditions inéquitables ou de clauses jumelées. Pour apprécier la domination, il est tenu compte de la position sur le marché et de la puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause. À la différence du droit français, le droit communautaire n'admet *aucune possibilité d'exemptions* pour les abus de domination. En droit interne l'article 8-1 de l'ordonnance de 1986, désormais codifié à l'article **L. 420-2 du Nouveau Code de commerce**, définit l'abus de position dominante et l'exploitation abusive de dépendance économique :

« Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.

Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou pratiques discriminatoires visées à l'article L. 442-6. »

Par exemple, France-Loisirs, première entreprise française de vente de livres par correspondance (78 % des ventes sur ce marché en France), a utilisé des clauses d'exclusivité pour éliminer toute concurrence. Chaque éditeur client qui souscrivait à ces clauses garantissait qu'aucune édition en livre de poche ne serait autorisée dans le délai de 12 mois après l'inscription au catalogue de France-Loisirs. Chaque éditeur devait s'engager à n'autoriser aucune édition susceptible, par sa présentation ou son prix, de faire concurrence à l'édition de France-Loisirs. Il s'engageait à refuser toute demande de solde ou d'offre publicitaire de bienvenue émanant d'un autre club ou édition concurrente. Le Conseil de la concurrence et la cour d'appel de Paris en appel ont qualifié ces clauses d'abus de position dominante (cour d'appel de Paris 21 mai 1990, D. 1990 p. 523, note Gavalda.)

D'une part, la position dominante s'entend comme le pouvoir de faire obstacle à une concurrence effective. Elle suppose donc que l'entreprise considérée occupe sur le marché une place prépondérante qui lui assure notamment l'importance des parts qu'elle détient dans celui-ci.

D'autre part, est prohibée *l'exploitation abusive* par une entreprise de *l'état de dépendance économique* dans lequel se trouve, à son égard, une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente. Est donc sanctionnable celui qui profite de la situation de faiblesse de son partenaire, obligé de contracter car il ne dispose pas de solution équivalente, pour lui imposer des conditions anormales.

Plusieurs exemples d'abus sanctionnables sont proposés : les refus de vente, les ventes liées, la rupture des relations commerciales établies au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.

À certaines conditions, les ententes et abus de position dominante peuvent ne pas être sanctionnés. Tel est tout d'abord le cas lorsque la pratique anticoncurrentielle résulte en réalité de l'application d'un texte législatif ou réglementaire.

Ensuite, les pratiques peuvent être justifiées si elles ont eu pour effet d'assurer un progrès économique et si elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Il faut un lien entre les restrictions de la concurrence et les avantages économiques obtenus.

Le juge est ainsi invité à faire un *bilan économique* des pratiques. Les avantages doivent l'emporter sur les inconvénients.

Enfin l'article 10 dernier alinéa de l'ordonnance réserve l'hypothèse *d'exemptions par catégorie*. Après avis du Conseil de la concurrence un décret peut considérer que certains accords, ceux qui ont pour objet d'améliorer la gestion des entreprises moyennes ou petites, satisfont les exigences énoncées.

Section 3. Le délit d'action frauduleuse dans les pratiques anticoncurrentielles

L'article 17 de l'ordonnance a créé l'incrimination d'action frauduleuse dans les pratiques anticoncurrentielles pour compléter la répression quasi pénale qui frappe les entreprises par une sanction pénale plus traditionnelle qui frappe les personnes physiques.

L'étrangeté de cette disposition réside en ce que son élément matériel n'est pas défini mais est déterminé par renvoi aux dispositions visées aux articles 7 et 8 soit entente, abus de position dominante, ou exploitation abusive d'un état de dépendance économique. Une participation personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre des agissements contraires à la concurrence est exigée par la jurisprudence. La responsabilité du chef d'entreprise n'est donc pas automatique mais devra être prouvée.

La sanction est un emprisonnement de quatre ans et/ou une amende de 750 000 euros.

NOTE

Les parties utilisent parfois l'incrimination de contrefaçon pour sanctionner ce qui est nommé en droit commercial l'*agissement parasitaire*. Il s'agit du comportement de celui qui tente de bénéficier de la renommée d'autrui pour en tirer bénéfice dans un secteur d'activité proche ou différent. Il a été jugé que l'imitation d'un dépliant publicitaire est constitutive de concurrence déloyale ; ou un flacon lorsqu'ils entraînent un risque de confusion dans l'esprit d'un consommateur moyennement avisé n'ayant pas simultanément les deux produits sous les yeux.

Ou, en matière de kiosque télématique, le fait d'adopter un code d'accès semblable à un tiers, notamment pour s'insérer dans une activité commerciale existante et similaire afin d'en tirer un profit.

On peut définir le parasitisme comme le fait pour une entreprise de se glisser dans le sillage économique d'une autre, pour, sans bourse délier, profiter des efforts et de la réputation de cette dernière. On distingue deux cas de parasitisme :

Premier cas : il existe un lien de concurrence entre le parasite et le parasité.

Par exemple, affaire Azzaro, Cass. 27 octobre 1992 : est parasitaire le fait pour une société qui n'est pas distributeur agréé de se présenter comme tel et de commercialiser les produits sans être soumis aux

contraintes habituelles des distributeurs agréés, et de bénéficier, en outre, de la publicité de la marque pour développer sa propre commercialisation. En ce cas l'action civile, dite action en concurrence déloyale, peut être tentée.

Second cas : il n'y a pas de lien de concurrence entre parasite et parasité.
Le parasite veut simplement profiter de la notoriété de l'autre.

Certes il n'y a pas concurrence déloyale, mais l'action pénale en contrefaçon peut être tentée.

CHAPITRE 3. LE DROIT PÉNAL DE LA VENTE

Le droit pénal de la vente organise plusieurs aspects de celle-ci : le droit pénal sanctionne la fausse publicité, l'insuffisance d'information sur les prix et les conditions de vente, certaines pratiques illicites de vente, les instruments de paiement.

Section 1. L'information et la vente

Les relations d'affaires sont aujourd'hui soumises à un principe de transparence. Traditionnellement pourtant, les accords commerciaux, les conditions de vente étaient soumis à la règle du secret des affaires. Mais la loi du silence autorisait toutes les discriminations. Elle permettait en effet à certains gros distributeurs d'imposer leurs conditions. Beaucoup de producteurs étaient dans l'impossibilité d'accéder à des marchés importants. De plus cette transparence est un préalable essentiel à la protection du consommateur.

Paré de toutes les vertus, le principe de transparence de la concurrence, conforté par le principe d'information du consommateur lors de la vente, est consacré par de nombreux textes. L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 a clairement affirmé le principe. Elle a été modifiée par une loi du 31 décembre 1992 et par une loi du 29 janvier 1993 (dite loi Sapin) relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques. La règle de transparence doit assurer l'égalité entre les partenaires économiques. Un équilibre doit s'établir entre les producteurs et les distributeurs, entre les petits et les gros distributeurs.

Le principe nouveau doit décourager les comportements anticoncurrentiels, tels que la revente à perte. Le droit de la transparence tarifaire permet également indirectement l'application d'autres réglementations telles l'interdiction des prix imposés, de la discrimination. Ce principe est consacré à trois moments de la vente : préalablement à la vente lors de la publicité ; lors de la négociation par l'information sur les prix et la chose vendue ; postérieurement à la vente, avec des règles relatives à la facturation.

I. L'information préalable à la vente : la fausse publicité

Article L. 121-1 du Code de la consommation

« Est interdite toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur, lorsque celles-ci portent sur un ou plusieurs des éléments ci-après ; existence, nature, composition, qualités substantielles, teneur en principes utiles, espèce, origine, quantité, mode et date de fabrication, propriétés, prix et conditions de vente de biens ou services qui font l'objet de la publicité, conditions de leur utilisation, résultats qui peuvent être attendus de leur utilisation, motifs ou procédés de la vente ou de la prestation de services, portée des engagements pris par l'annonceur, identité, qualités ou aptitudes du fabricant, des revendeurs, des promoteurs ou des prestataires. »

L'incrimination de publicité fausse est le cœur de la réglementation de la publicité.

L'élément matériel de cette incrimination est l'existence d'une publicité au caractère trompeur.

Peut être condamné celui qui tend à jeter le discrédit sur la personne ou les produits du concurrent. Le dénigrement peut être direct ou indirect. Dans ce dernier cas il résulte d'une comparaison avec les produits de la concurrence. Pendant longtemps ce comportement a pu être facilement sanctionné car notre droit refusait d'admettre la *publicité comparative*. Celle-ci est désormais autorisée à certaines conditions par une loi du 18 janvier 1992.

Toutefois la publicité qui met en comparaison des produits ou des services en utilisant soit la citation soit la représentation de la marque d'autrui, soit celle de la raison sociale ou de la dénomination sociale, du nom commercial ou de l'enseigne d'autrui, n'est autorisée que si elle est « loyale, véridique et qu'elle n'est pas de nature à induire en erreur le consommateur ». La publicité doit être objective c'est-à-dire porter sur les caractéristiques essentielles, significatives, pertinentes et vérifiables de biens et services de même nature et disponibles sur le marché. L'annonceur doit être en mesure de prouver l'exactitude de ses allégations. Avant toute diffusion, l'annonceur doit communiquer l'annonce comparative aux professionnels visés.

Cette loi a été codifiée à l'article **L. 121-8 du Code de la consommation** :

« Toute publicité qui met en comparaison des biens ou services en identifiant, implicitement ou explicitement, un concurrent n'est licite que si :

1° elle n'est pas trompeuse ou de nature à induire en erreur ;

2° elle porte sur des biens ou services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif ;

3° elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens ou services, dont le prix peut faire partie.

Toute publicité comparative faisant référence à une offre spéciale doit mentionner clairement les dates de disponibilité des biens ou services offerts, le cas échéant la limitation de l'offre à concurrence des stocks disponibles et les conditions spécifiques applicables. »

EXEMPLE

L'arrêt de la Cour de cassation, chambre criminelle, en date du 14 octobre 1998, donne une idée des pratiques visées par l'article L. 121-1 du Code de la consommation (arrêt n° 5821). À la suite d'un contrôle de l'étiquetage de la marchandise exposée à la vente dans un salon du meuble, le gérant de la société vendeuse a été poursuivi pour avoir effectué une publicité comportant des allégations indicatives ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur sur la réalité des prix pratiqués et, ainsi sur la valeur vénale du mobilier. Était en cause une « technique de vente » particulière, consistant à porter, sur les étiquettes de biens présentés à l'achat, des prix artificiellement majorés, car destinés à n'être jamais pratiqués : au moment de la commande, le vendeur entendait pouvoir faire mine, ainsi, de consentir un rabais important. Condamné en première instance, le gérant de la société a été relaxé par la cour d'appel au motif que les prix portés sur l'étiquette, artificiellement majorés, n'étaient jamais pratiqués et faisaient l'objet d'un rabais très important consenti à la commande. Ainsi, le seul fait d'afficher un prix s'il ne s'accompagne d'aucune autre circonstance ou mention, ne constitue pas une publicité, qui s'entend d'une communication à autrui dans le but de promouvoir la fourniture d'un bien ou service, en déduisant que, si les clients ont été trompés sur la réalité des rabais, ils ne l'ont été que par l'effet d'une habile manipulation psychologique et non par celui d'une opération publicitaire. La Cour de cassation a censuré cet arrêt et affirme que constitue une publicité, au sens de l'article L. 121-1 du Code de la consommation, « tout moyen d'information destiné à permettre au client potentiel de se faire une opinion sur les caractéristiques des biens ou services qui lui sont proposés ».

II. *L'information lors de la négociation de la vente : l'information sur les prix et les conditions de vente*

Le principe de transparence est important lors de la négociation du contrat. Tout partenaire doit en effet communiquer ses *conditions générales* à toute personne qui en fait la demande. L'article 33 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 précisait la portée de cette règle.

Les personnes tenues de communiquer sont les producteurs, les prestataires de services, les grossistes ou importateurs. Les bénéficiaires de l'information sont les acheteurs de produits (même éventuels) ou demandeurs de prestations de services pour une activité professionnelle. Les centrales d'achat bénéficient ainsi du droit à communication.

La communication porte sur les *conditions de règlement* et, le cas échéant, les *rabais et ristournes*. Les conditions de règlement doivent obligatoirement préciser les modalités de calcul et les conditions dans lesquelles des pénalités sont appliquées dans le cas où les sommes dues sont versées après la date de paiement figurant sur la facture, lorsque le règlement intervient au-delà du délai fixé par les conditions générales de vente.

La communication s'effectue par tout moyen conforme aux usages de la profession.

Indirectement, cette réglementation peut avoir pour effet d'obliger les entreprises à établir des barèmes et conditions de vente.

Le principe de transparence ne saurait cependant être absolu. Il faut réserver une part au *secret des affaires* car la négociation est l'essence du commerce. Pour cette raison les conditions dans lesquelles un distributeur ou un prestataire de services se fait rémunérer par ses fournisseurs en contrepartie des *services spécifiques* n'ont pas à être communiquées. Cependant ces conditions doivent faire l'objet d'un contrat écrit en double exemplaire détenu par chacune des deux parties. Les services spécifiques sont des services particuliers rendus par un distributeur à son vendeur, telles l'édition de dépliants, les études de marché. Les services spécifiques relèvent ainsi de la *coopération commerciale*. Ne sont pas des services spécifiques les promotions, les remises subordonnées à un minimum de chiffre d'affaires, le stockage et la redistribution des produits. L'existence d'un écrit les constatant constitue une preuve en vue d'une poursuite éventuelle pour pratique anticoncurrentielle. Le contrat est alors communiqué aux agents chargés de la poursuite.

Désormais cette obligation est prévue tant envers les consommateurs que les commerçants à l'article **L. 113-3 du Code de la consommation** :

« Tout vendeur de produit ou tout prestataire de services doit, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix, les limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle et les conditions particulières de la vente, selon des modalités fixées par arrêtés du ministre chargé de l'Économie, après consultation du Conseil national de la consommation. Cette disposition s'applique à toutes les activités visées au dernier alinéa de l'article L. 133-2. »

à l'article **L. 441-6 du Code de commerce** :

« Tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur est tenu de communiquer à tout acheteur de produit ou demandeur de prestation de services pour une activité professionnelle qui en fait la demande son barème de prix et ses conditions de vente. Celles-ci comprennent les conditions de règlement et, le cas échéant, les rabais et ristournes.

Sauf dispositions contraires figurant aux conditions de vente ou convenues entre les parties, le délai de règlement des sommes dues est fixé au trentième jour suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation demandée.

Les conditions de règlement doivent obligatoirement préciser les conditions d'application et le taux d'intérêt des pénalités de retard exigibles le jour suivant la date de règlement figurant sur la facture dans le cas où les sommes dues sont réglées après cette date. Sauf disposition contraire qui ne peut toutefois fixer un taux inférieur à une fois et demie le taux d'intérêt légal, ce taux est égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à son opération de refinancement la plus récente majoré de 7 points de pourcentage. Les pénalités de retard sont exigibles sans qu'un rappel soit nécessaire.

La communication prévue au premier alinéa s'effectue par tout moyen conforme aux usages de la profession.

Les conditions dans lesquelles un distributeur ou un prestataire de services se fait rémunérer par ses fournisseurs, en contrepartie de services spécifiques, doivent faire l'objet d'un contrat écrit en double exemplaire détenu par chacune des deux parties.

Toute infraction aux dispositions visées ci-dessus est punie d'une amende de 15 000 euros.

Les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2 du Code pénal.

La peine encourue par les personnes morales est l'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131-38 dudit code. »

III. Information postérieure à la vente : la facturation

L'obligation de transparence subsiste lorsque le contrat a été exécuté.

Elle se manifeste par le caractère obligatoire de *la facture* énoncé initialement par l'article 31 de l'ordonnance. Son contenu est également précisé. Les éléments devant figurer sur la facture sont nombreux. Il s'agit de faciliter une recherche des pratiques restrictives de concurrence. Ainsi se comprend par exemple la nécessité de mentionner sur la facture tous rabais, remises ou ristournes dont le principe est acquis (c'est-à-dire que le droit est vérifiable lors de l'émission de la facture) et le montant chiffrable lors de la vente ou de la prestation de services, quelle que soit leur date de règlement. La facture doit également mentionner la date à laquelle le règlement doit intervenir. Les conditions d'escompte doivent aussi être précisées (L. 31 déc. 1992).

Désormais cette incrimination est prévue aux **articles L. 441-3 à L. 441-5 du Code de commerce** :

Article L. 441-3

« Tout achat de produits ou toute prestation de services pour une activité professionnelle doivent faire l'objet d'une facturation.

Le vendeur est tenu de délivrer la facture dès la réalisation de la vente ou la prestation du service. L'acheteur doit la réclamer. La facture doit être rédigée en double exemplaire. Le vendeur et l'acheteur doivent en conserver chacun un exemplaire.

La facture doit mentionner le nom des parties ainsi que leur adresse, la date de la vente ou de la prestation de services, la quantité, la dénomination précise, et le prix unitaire hors TVA des produits vendus et des services rendus ainsi que toute réduction de prix acquise à la date de la vente ou de la prestation de services et directement liée à cette opération de vente ou de prestation de services, à l'exclusion des escomptes non prévus sur la facture.

La facture mentionne également la date à laquelle le règlement doit intervenir. Elle précise les conditions d'escompte applicables en cas de paiement à une date antérieure à celle résultant de l'application des conditions générales de vente ainsi que le taux des pénalités exigibles le jour suivant la date de règlement inscrite sur la facture. Le règlement est réputé réalisé à la date à laquelle les fonds sont mis, par le client, à la disposition du bénéficiaire ou de son subrogé. »

Article L. 441-4

« Toute infraction aux dispositions de l'article L. 441-3 est punie d'une amende de 75 000 euros. L'amende peut être portée à 50 % de la somme facturée ou de celle qui aurait dû être facturée. »

Article L. 441-5

« Les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement dans les conditions prévues à l'article 121-2 du Code pénal de l'infraction prévue à l'article L. 441-4. Les peines encourues par les personnes morales sont :

1° l'amende suivant les modalités prévues par l'article 131-38 du Code pénal ;

2° la peine d'exclusion des marchés publics pour une durée de cinq ans au plus, en application du 5° de l'article L. 131-39 du même code. »

Cette obligation « pour une activité professionnelle » n'est prévue que pour ces activités. Le vendeur est tenu de délivrer la facture dès que la vente ou la prestation de services est réalisée. L'obligation pèse à la fois sur le vendeur et l'acheteur. La facture doit être rédigée en double exemplaire, et originaux et copies conservés trois ans.

La sanction est une amende de 75 000 euros, qui peut être portée à 50 % de la somme facturée ou de celle qui aurait dû être facturée. Cette infraction est une infraction matérielle, la constatation de l'intention coupable n'étant pas nécessaire. La responsabilité des personnes morales est prévue.

EXEMPLE

L'arrêt de la Cour de cassation, chambre criminelle, en date du 18 juin 1998, au-delà de la banalité des faits, rappelle le très large champ d'application de la réglementation sur la facturation ([Juris-Data n° 003397] (pourvoi n° B 97-81.510 c/ CA Douai, 17 déc. 1996).

La DGCCRF avait constaté l'irrégularité des factures produites par un importateur portant sur des tomates provenant de Belgique, faute d'indication de la quantité des produits vendus, de leur dénomination précise et de leur prix unitaire. La cour d'appel a condamné l'importateur de marchandises pour non-respect de la réglementation sur la facturation, en répondant à divers moyens soutenus dans ses conclusions. Les moyens développés dans le pourvoi en cassation ont été l'occasion de réponses de la Cour de cassation : est ainsi réaffirmé que cette réglementation ne constitue pas une entrave à la libre circulation des marchandises dès lors qu'elle porte sur les modalités de la vente et s'applique de la même manière aux produits nationaux et à ceux en provenance des États membres ; que la transaction a été réalisée sur le territoire français et que les obligations de l'article 31 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 s'imposent ainsi tant au vendeur qu'à l'acheteur.

Section 2. Les pratiques de vente

Seules certaines pratiques, les plus graves, continuent d'être sanctionnées pénalement depuis la dépénalisation du droit de la vente opérée par l'ordonnance de 1986. Ces pratiques sont considérées comme étant les plus graves, parfois qualifiées de délits tels la revente à perte et les prix imposés, et seulement de contravention, tels les activités para-commerciales, le refus de vendre...

I. La revente à perte

L'article 32 sanctionne tout d'abord la *revente à perte*. Est ainsi sanctionné celui qui revend un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif. Le prix d'achat effectif est présumé être le prix porté sur la facture d'achat, majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et, le cas échéant, du prix du transport. Le texte prévoit cependant quelques tempéraments : vente à caractère saisonnier, changement d'activité...

Article L. 442-2 du Code de commerce

« Le fait, pour tout commerçant, de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif est puni de 75 000 euros d'amende. Cette amende peut être portée

à la moitié des dépenses de publicité dans le cas où une annonce publicitaire, quel qu'en soit le support, fait état d'un prix inférieur au prix d'achat effectif.

Le prix d'achat effectif est le prix unitaire figurant sur la facture majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport. »

II. *Le délit de prix imposé*

L'article 34 interdit la *pratique des prix imposés*. Est sanctionné le fait par toute personne d'imposer, directement ou indirectement, un caractère minimum au prix de revente d'un produit ou d'un bien, au prix d'une prestation de services ou à une marge commerciale. Une seule dérogation est apportée par la loi du 10 août 1981 relative au prix du livre.

Article L. 442-5 du Code de commerce

« Est puni d'une amende de 15 000 euros le fait par toute personne d'imposer, directement ou indirectement, un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien, au prix d'une prestation de services ou à une marge commerciale. »

EXEMPLE

Un fournisseur, fabricant notamment de la laine de roche, refusait de livrer un revendeur au motif qu'il estimait trop bas le prix pratiqué, et ce, en croyant pouvoir se dispenser de lui indiquer le prix minimal à partir duquel il l'autoriserait à commercialiser ses produits. Ce refus conduit exactement aux mêmes conséquences, au plan commercial, que le fait de préciser un prix minimal. Ainsi, le refus de livrer un produit au revendeur au motif que le prix de sa revente est insuffisant constitue un moyen indirect, au sens de l'article 34 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, d'imposer un caractère minimal au prix de revente de ce produit. Les juges du fond ont alors déclaré responsable le président du directoire de cette société du délit d'imposition d'un caractère minimal au prix de revente d'un produit et l'ont condamné à 50 000 F d'amende. Le pourvoi contre cet arrêt est rejeté par la Cour de cassation, Cass. crim., 31 oct. 2000 [R.] ; B [Juris-Data n° 007510] (pourvoi n° 99-86.588 P+F c/ CA Paris, 13^e ch., 22 sept. 1999).

III. *Le paracommercialisme*

L'article 37 sanctionne le *paracommercialisme*. Deux pratiques sont visées. Il est interdit à toute personne d'offrir à la vente des produits ou de proposer des services en utilisant, dans les conditions irrégulières, le domaine public de l'État, des collectivités locales, et de leurs établissements publics.

Sont également sanctionnables les associations ou coopérations qui, de façon habituelle, offrent des produits à la vente, vendent ou fournissent des services, si ces activités ne sont pas prévues par leur statuts.

Article L. 442-8 du Code de commerce

« Il est interdit à toute personne d'offrir à la vente des produits ou de proposer des services en utilisant, dans des conditions irrégulières, le domaine public de l'État, des collectivités locales et de leurs établissements publics.

Les infractions à l'interdiction mentionnée à l'alinéa précédent sont recherchées et constatées dans les conditions définies par les articles L. 450-1 à L. 450-3 et L. 450-8.

Les agents peuvent consigner, dans des locaux qu'ils déterminent et pendant une durée qui ne peut être supérieure à un mois, les produits offerts à la vente et les biens ayant permis la vente des produits ou l'offre de services.

La consignation donne lieu à l'établissement immédiat d'un procès-verbal. Celui-ci comporte un inventaire des biens et des marchandises consignés ainsi que la mention de leur valeur. Il est communiqué dans les cinq jours de sa clôture au procureur de la République et à l'intéressé.

La juridiction peut ordonner la confiscation des produits offerts à la vente et des biens ayant permis la vente des produits ou l'offre de services. La juridiction peut condamner l'auteur de l'infraction à verser au Trésor public une somme correspondant à la valeur des produits consignés, dans le cas où il n'a pas été procédé à une saisie. »

IV. La hausse ou baisse artificielle du prix de biens ou services par diffusion d'informations mensongères ou par tout autre moyen frauduleux

Article L. 443-2 du Code du commerce

« I. Le fait, en diffusant, par quelque moyen que ce soit, des informations mensongères ou calomnieuses, en jetant sur le marché des offres destinées à troubler les cours ou des sur-offres faites aux prix demandés par les vendeurs, ou en utilisant tout autre moyen frauduleux, d'opérer ou de tenter d'opérer la hausse ou la baisse artificielle du prix de biens ou de services ou d'effets publics ou privés, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.

II. Lorsque la hausse ou la baisse artificielle des prix concerne des produits alimentaires, la peine est portée à trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende.

III. Les personnes physiques coupables des infractions prévues au présent article encourent également les peines complémentaires suivantes :

1° l'interdiction des droits civiques, civils et de famille, suivant les modalités de l'article 131-26 du Code pénal ;

2° l'affichage ou la diffusion de la décision prononcée dans les conditions prévues par l'article 131-35 du Code pénal. »

V. Le refus de vente et les ventes liées

Article L. 442-1 du Code de commerce

« Les règles relatives aux ventes ou prestations avec primes, aux refus de vente ou de prestation, prestations par lots ou par quantités imposées sont fixées par les articles L. 121-35 et L. 122-1 du Code de la consommation reproduits ci-après :

« Art. L. 121-35. – Est interdite toute vente ou offre de vente de produits ou de bien ou toute prestation ou offre de prestation de services, faite aux consommateurs et donnant droit à titre gratuit, immédiatement ou à terme, à une prime consistant en produits, biens ou services sauf s'ils sont identiques à ceux qui font l'objet de la vente ou de la prestation.

Cette disposition ne s'applique pas aux menus objets ou services de faible valeur ni aux échantillons. »

« Art. L. 122-1 – Il est interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime, et de subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre service ainsi que de subordonner la prestation d'un service à celle d'un autre service ou à l'achat d'un produit. »

A. Les refus de ventes

Les refus de ventes sont en principe interdits qu'ils soient opposés à des consommateurs ou à des professionnels. Dans ce dernier cas, toutefois, le refus n'engage plus que la responsabilité civile de son auteur, et seulement à la condition qu'il ne soit pas justifié.

Il existe trois faits justificatifs :

- **le caractère anormal de la demande** (quantité de marchandises trop faibles, demandes formulées pour des produits de luxe alors que l'acheteur vend des produits bas de gamme, acheteur procédant à l'une des pratiques déloyales visées par les articles 32 à 37 de l'ordonnance relative aux pratiques restrictives) ;

- **la mauvaise foi du demandeur ;**
- **l'existence d'une entente licite au regard de l'article 10 de l'ordonnance**

Ce fait justificatif est essentiel. Bien souvent en effet le refus de vente intervient alors que le fournisseur appartient à un réseau de distribution. Il s'est engagé contractuellement à ne vendre qu'aux détaillants du réseau. Le refus de vente sera alors justifié si le réseau de distribution (franchise, concession, distribution sélective) satisfait lui-même aux exigences posées par l'ordonnance.

Les pratiques discriminatoires sont également prohibées.

Engage sa responsabilité celui qui pratique, à l'égard d'un partenaire économique, ou obtient de lui des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires.

La pratique n'est cependant sanctionnable que si deux conditions sont réunies. La discrimination ne doit pas avoir de contrepartie réelle et sérieuse. Il est en effet logique que celui qui commande plus obtienne de meilleures conditions de vente.

La pratique doit ensuite entraîner un avantage ou un désavantage dans la concurrence.

B. Les ventes liées

L'article 36-3 interdisait les ventes liées entre professionnels qui consistent à subordonner la vente d'un produit ou la prestation d'un service soit à l'achat concomitant d'autres produits, soit à l'achat d'une qualité imposée, soit à la prestation d'un autre service. L'une des innovations majeures de l'ordonnance de 1986 est d'avoir pour une large part *dépénalisé* les pratiques, entre professionnels. Envers un consommateur, l'incrimination subsiste. L'action est soumise à un régime particulier puisque, outre la victime, le parquet, le ministre chargé de l'Économie et le président du Conseil de la concurrence peuvent agir pour faire ordonner la cessation des pratiques litigieuses.

VI. Démarchage et abus de faiblesse

Cette technique de vente ayant donné lieu à trop d'abus, l'incrimination d'abus de faiblesse tente d'en moraliser la pratique.

L'article **L. 121-21 du Code de la consommation** définit le démarchage : « Est soumis aux dispositions de la présente section quiconque pratique ou fait pratiquer le démarchage, au domicile d'une personne physique, à sa résidence ou à son lieu de travail, même à sa demande, afin de lui proposer l'achat, la vente, la location, la location-vente ou la location avec option d'achat de biens ou la fourniture de services.

Est également soumis aux dispositions de la présente section le démarchage dans les lieux non destinés à la commercialisation du bien ou du service proposé et notamment l'organisation par un commerçant ou à son profit de réunions ou d'excursions afin de réaliser les opérations définies à l'alinéa précédent ».

L'article **L. 122-8 du Code de la consommation** sanctionne les abus commis par les démarcheurs : « Quiconque aura abusé de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne pour lui faire souscrire, par le moyen de visites à domicile, des engagements au comptant ou à crédit sous quelque forme que ce soit sera puni d'une emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 9 000 euros ou de l'une de ces deux peines seulement, lorsque les circonstances montrent que cette personne n'était pas en mesure d'apprécier la portée des engagements qu'elle prenait ou de déceler les ruses ou artifices déployés pour la convaincre à y souscrire, ou font apparaître qu'elle a été soumise à une contrainte. »

VII. Interdiction des ventes et prestations de services avec primes

Article L. 121-35 du Code de la consommation

« Est interdite toute vente ou offre de vente de produits ou de biens ou toute prestation ou offre de prestation de services faites aux consommateurs et donnant droit, à titre gratuit, immédiatement ou à terme, à une prime consistant en produits, biens ou services sauf s'ils sont identiques à ceux qui font l'objet de la vente ou de la prestation.

Cette disposition ne s'applique pas aux menus objets ou services de faible valeur ni aux échantillons.

Cette disposition s'applique à toutes les activités visées au dernier alinéa de l'article L. 113-2. »

EXEMPLE

Cass. crim., R., 5 avr. 1995 ; Graeff c/ Sté France Direct Service (pourvoi c/ CA Paris, 13^e ch.). Le dirigeant d'une société de vente par correspondance se rend coupable de la contravention de vente avec primes, pratique commerciale prohibée par l'article L. 121-35 du Code de la consommation et réprimée par l'article 33 du décret du 29 décembre 1986, en proposant d'offrir gratuitement aux 100 premiers acheteurs d'une batterie de cuisine, une montre d'une valeur de 850 F. Peu importe que l'attribution de la prime à laquelle donne droit la vente soit limitée à un nombre restreint de consommateurs, c'est-à-dire les cent premiers acheteurs.

Section 3. Le paiement de la vente

La sécurité des transactions opérées de plus en plus massivement par chèque et cartes de paiement est un impératif de la vie économique. Or, l'augmentation des chèques sans provision fait de cette criminalité un phénomène de masse : en 1990 le fichier central de la Banque de France a enregistré 6,4 millions d'avis incidents de paiement et 1 million d'interdits bancaires. La loi du 30 décembre 1991 a donc réformé pour la quatrième fois le système répressif des chèques sans provision et des cartes de paiement. Étrangement, cette dernière loi dépénalise presque totalement cette pratique. Cette « bancarisation » de la sanction donne aux banques la responsabilité de la mise en œuvre de la procédure d'interdiction bancaire à l'encontre des clients qui émettent des chèques sans provision sans procéder ultérieurement à leur régularisation. L'interdiction d'émettre des chèques frappe le titulaire du compte auquel le banquier fait injonction de restituer les formules en sa possession. Le compte interdit ne peut plus fonctionner. La durée de l'interdiction est temporaire. Si le tuteur régularise la situation, il recouvre la faculté d'émettre des chèques. À défaut, il ne recouvre cette possibilité qu'à l'issue d'un délai de dix ans à partir de l'injonction. La Banque de France dispose du monopole de la centralisation des incidents de paiement des chèques, des interdictions judiciaires et des levées d'interdiction d'émettre des chèques. Trois fichiers y sont tenus.

Le Fichier central des chèques (FCC) regroupant les coordonnées bancaires des titulaires frappés d'une interdiction bancaire ou judiciaire d'émettre des chèques, les faux chèques, les comptes clôturés, les chèques perdus ou volés.

Le Fichier national des chèques irréguliers (FNCI) est un fichier de consultation établi à partir du premier fichier, et qui ne contient que les informations relatives aux chèques déclarés volés ou perdus, faux chèques, tirés sur comptes clos, ou par des personnes frappées d'une interdiction.

La loi du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des surendettements des particuliers et des familles a institué un fichier national qui retrace les incidents de paiement liés aux crédits accordés aux personnes physiques pour des besoins non professionnels. Cette nouvelle loi vient accroître le dispositif très ancien de protection des emprunteurs, dont le délit d'usure est le plus important.

Enfin, bien que la loi de 1991 ait abrogé le délit d'émission de chèque sans provision, certaines sanctions pénales subsistent cependant.

I. Le délit d'usure

Articles L. 313-1 à L. 313-6 du Code de la consommation

Article L. 313-3

« Constitue un prêt usuraire tout prêt conventionnel consenti à un taux effectif global qui excède, au moment où il est consenti, de plus du tiers, le taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les établissements de crédit pour des opérations de même nature comportant des risques analogues, telles que définies par l'autorité administrative auprès du Conseil national du crédit.

Les crédits accordés à l'occasion de ventes à tempérament sont, pour l'application de la présente section, assimilés à des prêts conventionnels et considérés comme usuraires dans les mêmes conditions que les prêts d'argent ayant le même objet.

Les conditions de calcul et de publicité des taux effectifs moyens visés au premier alinéa sont fixées par la voie réglementaire. »

Article L. 313-4

« Lorsqu'un prêt conventionnel est usuraire, les perceptions excessives au regard des articles L. 313-1 à L. 313-3 sont imputées de plein droit sur les intérêts normaux alors échus et subsidiairement sur le capital de la créance.

Si la créance est éteinte en capital et intérêts, les sommes indûment perçues doivent être restituées avec intérêts légaux du jour où elles auront été payées. »

Article L. 313-5

« Quiconque consent à autrui un prêt usuraire ou apporte sciemment à quelque titre et de quelque manière que ce soit, directement ou indirectement, son concours à l'obtention ou à l'octroi d'un prêt usuraire ou d'un prêt qui deviendrait usuraire au sens de l'article L. 313-3 du fait de son concours est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 45 000 euros ou de l'une de ces deux peines seulement.

En outre, le tribunal peut ordonner :

1° la publication intégrale, ou par extraits, de sa décision, aux frais du condamné, dans les journaux qu'il désigne, ainsi que l'affichage de cette décision dans les conditions prévues à l'article 131-35 du Code pénal ;

2° la fermeture, provisoire ou définitive, de l'entreprise dont l'une des personnes chargées de l'administration ou de la direction est condamnée en application de l'alinéa premier du présent article, assortie éventuellement de la nomination d'un administrateur ou d'un liquidateur.

En cas de fermeture, le tribunal fixe la durée pendant laquelle le délinquant ou l'entreprise doit continuer à payer à son personnel les salaires, indemnités et rémunérations de toute nature auxquels celui-ci avait droit jusqu'alors ; cette durée ne saurait excéder trois mois. »

Le délit d'usure se caractérise par l'existence d'un prêt ou crédit accordé à l'occasion de ventes à tempérament stipulant des intérêts excessifs au regard de la loi (voir l'avis du ministre de l'Économie publié au *JO* du 21 juin 2001, p. 9873). Rappelons que l'usure est sanctionnée civilement par la réduction des intérêts excessifs et la restitution par le prêteur des sommes perçues abusivement. C'est ainsi que les perceptions excessives sont imputées de plein droit sur les intérêts normaux et, subsidiairement, sur le capital, l'intérêt normal étant celui au-delà duquel le taux devient usuraire (C. consom., art. L. 313-4).

Avis publié au *JO* du 16 juin 2004

		TAUX EFFECTIF pratiqué au 2 ^e trimestre 2004 par les établissements de crédit (en %)	SEUIL de l'usure applicable à compter du 3 ^e trimestre 2004 (en %)
Prêts aux particuliers			
Crédits immobiliers	Prêts à taux fixe	5,00	6,67
	Prêts à taux variable	4,41	5,88
	Prêts relais	5,04	6,72
Crédits de trésorerie	Prêts d'un montant inférieur ou égal à 1 524 € ¹	15,55	20,73
	Découverts en compte, prêts permanents et financements d'achats ou de ventes à tempérament d'un montant supérieur à 1 524 € ¹	12,48	16,64
	Prêts personnels et autres prêts d'un montant supérieur à 1 524 €	6,80	9,07
Prêts aux entreprises (personnes morales) ayant une activité industrielle, commerciale... JO 26 juin 2004			
	Prêts consentis en vue d'achats ou de ventes à tempérament	6,65	8,83
	Prêts d'une durée initiale supérieure à deux ans, à taux variable	4,75	6,33
	Prêts d'une durée initiale supérieure à deux ans, à taux fixe	4,86	6,48
	Découverts en compte ²	8,05	10,73
	Autres prêts d'une durée initiale inférieure ou égale à deux ans	6,50	8,67
1. Pour apprécier le caractère usuraire du taux effectif global d'un découvert en compte ou d'un prêt permanent, le montant à prendre en considération est celui du crédit effectivement utilisé.			
2. Ces taux ne comprennent pas les éventuelles commissions sur le plus fort découvert du mois.			

II. Émission de chèque en dépit d'une injonction**Article L. 163-7 du Code monétaire et financier**

« Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de deux millions cinq cent mille francs le fait, pour toute personne, d'émettre un ou plusieurs chèques en violation de l'interdiction prononcée en application de l'article L. 163-6.

Est puni des mêmes peines le fait, pour un mandataire, d'émettre, en connaissance de cause, un ou plusieurs chèques dont l'émission était interdite à son mandant en application de l'article L. 163-6.

Pour la recherche, la poursuite, l'instruction et le jugement des infractions mentionnées aux alinéas précédents, le tribunal du lieu où le chèque est payable est compétent, sans préjudice de l'application des articles 43, 52 et 382 du Code de procédure pénale. »

III. Opposition au paiement par chèque ou blocage de la provision**Article L. 163-2 du Code monétaire et financier**

« Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de deux millions cinq cent mille francs, le fait pour toute personne d'effectuer après l'émission d'un chèque, dans l'intention de porter atteinte aux droits d'autrui, le retrait de tout ou partie de la provision, par transfert, virement ou quelque moyen que ce soit, ou de faire dans les mêmes conditions défense au tiré de payer.

Est puni des mêmes peines le fait, pour toute personne, d'accepter de recevoir ou d'endosser en connaissance de cause un chèque émis dans les conditions définies à l'alinéa précédent.

Est puni des mêmes peines le fait, pour toute personne, d'émettre un ou plusieurs chèques au mépris de l'injonction qui lui a été adressée en application de l'article L. 131-73.

Est puni des mêmes peines le fait, pour un mandataire, d'émettre, en connaissance de cause, un ou plusieurs chèques dont l'émission était interdite à son mandant en application de l'article L. 131-73. Pour la recherche, la poursuite, l'instruction et le jugement des infractions mentionnées aux alinéas précédents, le tribunal du lieu où le chèque est payable est compétent, sans préjudice de l'application des articles 43, 52 et 382 du Code de procédure pénale. »

IV. Contrefaçon ou falsification de chèque et carte

Article L. 163-3 du Code monétaire et financier

« Est puni d'un emprisonnement de sept ans et d'une amende de cinq millions de francs soit 750 000 euros le fait pour toute personne :

1° de contrefaire ou de falsifier un chèque ;

2° de faire ou de tenter de faire usage, en connaissance de cause, d'un chèque contrefait ou falsifié ;

3° d'accepter, en connaissance de cause, de recevoir un chèque contrefait ou falsifié. »

Article L. 163-4 du Code monétaire et financier

La peine est un emprisonnement de sept ans et une amende de 750 000 euros.

V. Les interdictions judiciaires

Dans les cas d'infractions prévues aux articles visées *supra*, le tribunal peut interdire au condamné d'émettre des chèques pour une durée de un à cinq ans. La violation de cette interdiction est punie d'un emprisonnement de cinq ans et une amende de 375 000 euros ou de l'une de ces deux peines seulement. (L. 163-7).

CHAPITRE 4. LE DROIT PÉNAL FISCAL

Section 1. Le délit général de fraude fiscale

Article 1741 du Code général des impôts

« Sans préjudice des dispositions particulières relatées dans la présente codification, quiconque s'est frauduleusement soustrait ou a tenté de se soustraire frauduleusement à l'établissement ou au paiement total ou partiel des impôts visés dans la présente codification, soit qu'il ait volontairement omis de faire sa déclaration dans les délais prescrits, soit qu'il ait volontairement dissimulé une part des sommes sujettes à l'impôt, soit qu'il ait organisé son insolvabilité ou mis obstacle par d'autres manœuvres au recouvrement de l'impôt, soit en agissant de toute autre manière frauduleuse, est passible, indépendamment des sanctions fiscales applicables, d'une amende de 37 500 euros et d'un emprisonnement de cinq ans. Lorsque les faits ont été réalisés ou facilités au moyen soit d'achats ou de ventes sans facture, soit de factures ne se rapportant pas à des opérations réelles, ou qu'ils ont eu pour objet d'obtenir de l'État des remboursements injustifiés, leur auteur est passible d'une amende de 75 000 euros et d'un emprisonnement de cinq ans.

Toutefois, cette disposition n'est applicable, en cas de dissimulation, que si celle-ci excède le dixième de la somme imposable ou le chiffre de 153 euros.

Toute personne condamnée en application des dispositions du présent article peut être privée des droits civiques, civils et de famille, suivant les modalités prévues par l'article 131-26 du Code pénal.

Le tribunal ordonnera dans tous les cas la publication intégrale ou par extraits des jugements dans le *Journal officiel* de la République française ainsi que dans les journaux désignés par lui et leur affichage intégral ou par extraits pendant trois mois sur les panneaux réservés à l'affichage des publications officielles de la commune où les contribuables ont leur domicile ainsi que sur la porte

extérieure de l'immeuble du ou des établissements professionnels de ces contribuables. Les frais de la publication et de l'affichage dont il s'agit sont intégralement à la charge du condamné.

En cas de récidive dans le délai de cinq ans, le contribuable est puni d'une amende de 15 000 euros et d'un emprisonnement de dix ans. L'affichage et la publicité du jugement sont ordonnés dans les conditions prévues au quatrième alinéa.

Les poursuites sont engagées dans les conditions prévues aux articles L. 229 et L. 231 du livre des procédures fiscales. »

Cour de cassation, Chambre criminelle, 02 juillet 1998 Note Lamulle, Thierry Recueil Dalloz Sirey, n° 30, 02/09/1999, p. 434-438 (fraude fiscale, élément constitutif, société, dirigeant de fait, avantage en nature, navire, jouissance exclusive, antécédent fiscal, rapprochement).

Article 227 du Livre des procédures fiscales

Ce délit, d'une grande importance pratique, est complexe, tant dans son élément matériel que moral, alors même que la sanction est lourde : un emprisonnement de cinq ans et une amende de 37 500 euros. L'amende est doublée si les faits ont été réalisés au moyen d'achats ou de ventes sans factures, soit de factures ne se rapportant pas à des opérations réelles, ou s'ils ont eu pour objet d'obtenir de l'État des remboursements injustifiés. Parmi les peines complémentaires, figure la contrainte par corps, pour obtenir le recouvrement des impôts non payés et des majorations et amendes (article L. 272 du Livre des procédures fiscales). La contrainte par corps ne peut cependant être mise en œuvre que pour les impositions au moins égales à 12 000 euros. Complicité et tentatives sont punissables.

Élément matériel :

L'élément matériel est double, le délit nécessitant le fait de soustraction à l'établissement ou au paiement de l'impôt, par certains moyens permettant d'obtenir ce but.

En premier lieu, **le fait de soustraction à l'établissement ou au paiement de l'impôt**. Cette soustraction n'est pas toujours punissable, l'article 1741 instituant une tolérance légale, si celle-ci n'excède pas le dixième de la somme imposable ou le chiffre de 153 euros. De plus, en raison de la dualité d'ordre juridictionnel, le juge pénal n'est pas tenu par les affirmations de l'administration des impôts ou du juge administratif, quant au montant ou même à l'exigibilité de l'impôt.

En second lieu, **les moyens frauduleux**. Ce peut être « l'omission de déclaration dans les délais prescrits ». Simple abstention ou retard. Ce peut être la « dissimulation d'une partie des sommes sujettes à l'impôt », forme de réticence ou mensonge écrit. Par exemple, le prévenu qui s'est abstenu de porter sur sa déclaration fiscale sur les revenus, les sommes correspondant à l'avantage tiré de la jouissance exclusive d'un navire transformé en résidence secondaire pour milliardaire (Cass. crim. 2 juillet 1998, Bull. crim. n° 213, affaire dite Tappie). La seule constatation de la dissimulation volontaire des sommes sujettes à l'impôt caractérise le délit, sans qu'il soit besoin d'établir l'existence de manœuvres frauduleuses. Ce peut être « l'organisation de l'insolvabilité », tel le contribuable qui procède à une donation-partage avant une vérification fiscale. Ce peut être « tout autre manière frauduleuse ». L'imagination des contribuables est sans bornes ! Ainsi, du promoteur immobilier qui avait utilisé des sociétés civiles immobilières fictives pour bénéficier d'un régime fiscal auquel il n'avait pas droit, soustrayant ainsi à l'impôt une partie de ses revenus (Cass. crim. 21 janvier 1975, Bull. crim. n° 60).

Élément moral :

L'infraction de fraude fiscale générale est une **infraction intentionnelle**, l'intention coupable étant un dol général, la volonté de se soustraire à l'impôt. La preuve de cette intention incombe au ministère public. Cette règle de droit commun est expressément reprise par l'article 227 du Livre des procédures fiscales qui résulte de la loi du 29 décembre 1979 qui accorde des garanties de procédure aux contribuables en matières fiscales et douanières. Cette réitération a été nécessaire pour lutter contre une tendance des juges de faire de cette infraction un délit matériel.

Un exemple : les Blips

Pour expliquer un mécanisme de fraude fiscale, il est préférable de prendre un exemple pratique tiré de la pratique des cabinets d'audit américains plutôt que français... Ces pratiques ont cependant en commun aux États-Unis comme en France de chercher à transformer un revenu imposable en une perte non imposable. Supposons qu'un contribuable bénéficie d'un revenu de 20 millions de dollars. Pour échapper à l'impôt, KPMG lui propose, par exemple, un *bond linked issue premium structure* (Blips) qui fonctionne de la manière suivante : 1^{re} étape, le contribuable crée une société. Il la dote d'un capital équivalent à 7 % de la perte à faire apparaître, soit ici 1,4 million de dollars : c'est la commission qu'il doit verser et que vont se répartir tous les financiers impliqués. 2^e étape, cette société demande un gros prêt à une banque (50 millions). Comme c'est une petite société, pas connue, demandant un prêt important, elle va payer un taux d'intérêt largement supérieur à celui du marché. En contrepartie, la banque lui verse pour l'aider un supplément de prêt dont le montant – 20 millions – n'est pas calculé au hasard : il correspond, d'une part, à la différence entre les intérêts à payer et ceux qui devraient être payés si le prêt avait été accordé au taux du marché et, d'autre part, au revenu à dissimuler. 3^e étape, une société de conseil en investissement propose à la société-écran de créer en commun un fonds d'investissement. La société-écran lui transfère tout : les 1,4 million d'origine + les 50 millions de prêt + les 20 millions de supplément. Le fonds fait alors croire, par des mécanismes financiers sophistiqués qui font intervenir des produits dérivés, qu'il risque son argent sur le marché des changes (en passant par un intermédiaire qui n'est autre que la banque). En fait, seuls de petits montants sont placés et véritablement risqués. 4^e étape, le contribuable décide de se retirer du fonds d'investissement au bout d'un à six mois. Il récupère son argent, qu'il utilise aussitôt pour rembourser le prêt. Que se passe-t-il alors ? Notre contribuable fait valoir au fisc les coûts de son esprit d'aventure. Ils s'élèvent, disent KPMG et l'avocat d'affaires qui le cautionnent, à 1,4 million de dollars + les 20 millions de surcoût associés au premier prêt. 20 millions de revenu, 21,4 millions de pertes, le contribuable n'est plus imposable. Il fait même payer au fisc la commission qu'il a versée pour pouvoir le frauder ! Le cabinet KPMG a vendu à lui seul 186 Blips, entre octobre 1999 et octobre 2000. Ils lui ont rapporté en tout 53 millions de dollars, et furent l'une de ses premières sources de profit cette année-là.

Section 2. Les délits annexes

L'article 1743 du Code général des impôts punit des peines de fraude fiscale générale quiconque a sciemment omis de passer ou de faire passer des écritures ou a passé ou fait passer des écritures inexactes au livre journal et au livre d'inventaire prévus par le Code de commerce.

« Est également puni des peines prévues à l'article 1741 :

1^o Quiconque a sciemment omis de passer ou de faire passer des écritures ou a passé ou fait passer des écritures inexactes ou fictives au livre-journal et au livre d'inventaire, prévus par les articles L. 123-12 à L. 123-14 du Code de commerce, ou dans les documents qui en donnent lieu.

La présente disposition ne met pas obstacle à l'application des peines de droit commun.

2^o Quiconque, en vue de faire échapper à l'impôt tout ou partie de la fortune d'autrui, s'entremet, soit en favorisant les dépôts de titres à l'étranger, soit en transférant ou faisant transférer des coupons à l'étranger pour y être encaissés ou négociés, soit en émettant ou en encaissant des chèques ou tous autres instruments créés pour le paiement des dividendes, intérêts, arrérages ou produits quelconques de valeurs mobilières.

Quiconque, dans le même but, a tenté d'effectuer l'une quelconque des opérations visées à l'alinéa précédent est puni des mêmes peines. »

Le Code général des impôts prévoit par ailleurs dix incriminations spécifiques propres aux impôts indirects. Parmi les plus importantes, citons :

L'article 1772-1 1° punit, indépendamment des sanctions fiscales, d'une amende de 4 500 euros et/ou d'un emprisonnement de cinq ans tout agent d'affaires, expert et toute autre personne qui fait profession de tenir les écritures comptables de plusieurs clients et qui est convaincu d'avoir établi ou aidé à établir de faux bilans, inventaires, comptes et documents produits pour la détermination des bases des impôts dus par ces clients. En cas de récidive ou de pluralité d'infractions, la condamnation prononcée entraîne de plein droit l'interdiction d'exercer les professions d'agent d'affaires, de conseil fiscal, d'expert ou de comptable, même à titre de dirigeant ou d'employé, et s'il y a lieu la fermeture de l'établissement sous peine de sanctions correctionnelles de l'article 1775.

L'article 1772 punit des mêmes peines le fait d'avoir opéré sciemment une inscription sur une rubrique inexacte des dépenses supportées par une entreprise, en vue de dissimuler des bénéfices ou revenus imposables au nom de l'entreprise elle-même ou d'un tiers.

Article 1772

« 1. Sont passibles, indépendamment des sanctions fiscales édictées par le présent code, d'une amende de 4 500 euros et d'un emprisonnement de cinq ans ou de l'une de ces deux peines seulement :

1° tout agent d'affaires, expert et toute autre personne qui fait profession, soit pour son compte, soit comme dirigeant ou agent salarié de société, association, groupement ou entreprise quelconque, de tenir les écritures comptables de plusieurs clients et qui est convaincu d'avoir établi ou aidé à établir de faux bilans, inventaires, comptes et documents, de quelque nature qu'ils soient, produits pour la détermination des bases des impôts dus par lesdits clients ;

2° quiconque, encaissant directement ou indirectement des revenus à l'étranger, ne les a pas mentionnés séparément dans sa déclaration conformément aux prescriptions du 2 des articles 170 et 173, lorsque la dissimulation est établie ;

3° quiconque est convaincu d'avoir encaissé sous son nom des coupons appartenant à des tiers en vue de faire échapper ces derniers à l'application de l'impôt ;

4° quiconque, en vue de s'assurer, en matière d'impôts directs, ou de taxes assimilées, le bénéfice de dégrèvements de quelque nature que ce soit, produit des pièces fausses ou reconnues inexactes ;

5° quiconque publie ou fait publier, par tout autre moyen que celui prévu à l'article L. 111 du livre des procédures fiscales, tout ou partie des listes de contribuables visées audit article.

2. Les personnes visées aux 1° et 3° du 1 sont en outre, le cas échéant, tenues solidairement avec leurs clients au paiement des sommes, tant en principal qu'en pénalités et amendes, dont la constatation aurait été compromise par leurs manœuvres.

3. quiconque est convaincu d'avoir opéré sciemment une inscription sous une rubrique inexacte des dépenses supportées par une entreprise, en vue de dissimuler des bénéfices ou revenus imposables au nom de l'entreprise elle-même ou d'un tiers, est passible, indépendamment de la sanction fiscale visée à l'article 1763, des peines. »

En matière de TVA, la répression est singulière, car selon l'article 1789, c'est seulement s'il y a récidive de l'une des infractions énumérées (défaut de production de document, fourniture de renseignements inexacts, obstacle au droit de communication de l'administration, que le contrevenant est traduit devant le tribunal correctionnel, à la requête de l'administration fiscale, et être sanctionné, outre l'amende fiscale, d'un emprisonnement de six mois.

TITRE III. LA PROTECTION DES BIENS

CHAPITRE I. LA PROTECTION DE LA MORALE DES AFFAIRES

Section 1. Le vol

Article 311-1 du Code pénal

« Le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui. »

Article 311-3 du Code pénal

« Le vol est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. »

Le vol est l'infraction la plus connue, la plus facile à commettre. Elle est l'une des infractions les plus répandues, même dans l'entreprise, où elle peut être le fait de tiers, « clients », ou de salariés, de concurrents... Elle est le fait de dirigeants, qui préfèrent la criminalité dite astucieuse, c'est-à-dire sans violence : escroquerie, abus de biens sociaux...

L'élément légal de cette infraction est l'article 311-1 du Code pénal. Cet article définit en effet cette incrimination.

L'élément matériel est le comportement prohibé, « la soustraction de la chose d'autrui ». La jurisprudence a précisé ces termes. Ainsi, quant à la « chose », il s'agit de toute chose corporelle mobilière, quelle que soit sa valeur. La chose peut donc être un œuf ou un bœuf, des documents ou un hélicoptère... Il ne peut donc y avoir vol d'un immeuble, par exemple par occupation illicite. Il ne peut y avoir vol de données informatiques, mais fraude informatique. La question du vol d'information reste cependant très incertaine. Les arrêts les plus contraires refusent ou admettent de qualifier cette soustraction de « vol » d'information. Citons cependant l'arrêt (Cass. crim. 1^{er} mars 1989, Bull. crim. n° 100) par lequel la Cour de cassation approuve une cour d'appel qui avait condamné une personne qui détenait, en raison de ses activités professionnelles au sein de l'entreprise, des documents comptables qu'elle a utilisés pour établir des graphiques communiqués ensuite volontairement à un tiers à l'insu de l'employeur. La cour d'appel avait affirmé : « le prévenu avait usurpé la possession de ces documents et avait bien commis la soustraction frauduleuse visée à la prévention, les données comptables et commerciales figurant sur les documents et transmises à un tiers constituant des biens incorporels qui se trouvaient juridiquement la propriété exclusive de l'entreprise ». Quant à la « soustraction », une certaine violence physique est sous-entendue : la soustraction est un acte de préhension, d'enlèvement de la chose contre le gré de son propriétaire. Cette première acception de la soustraction correspond par exemple au vol à l'étalage. Mais une seconde acception a été acceptée par la jurisprudence, qui admet la « soustraction » même s'il n'y a pas de déplacement de la chose. Par exemple, si un employé détient des documents en raison de ses fonctions et les garde pour lui (Cass. crim. 29 avril. 1986, Bull. n° 148).

Et l'élément moral ou psychologique est l'existence, chez l'auteur de l'infraction, d'une intention « frauduleuse ». Le vol est en effet une infraction intentionnelle. Mais cette intention coupable est un dol général et non spécial. Autrement dit, la soustraction coupable suffit, sans que la volonté de s'approprier la chose soit nécessaire. Par exemple, soustraire et libérer dans la nature des animaux pour les faire échapper à des expérimentations, constitue un vol (Cass. crim. 1992).

La sanction du vol simple est de trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende. L'immunité familiale permet d'échapper à la peine si l'un des liens familiaux énumérés par l'article 311-12 unit le voleur à sa victime. Le vol est dit aggravé lorsqu'est réalisée l'une des circonstances aggravantes

prévues par l'article 311-4 à 311-10. Les vols les plus graves sont dits « vols qualifiés », et sont des crimes, par exemple le vol en bande organisée, ou en cas de vol avec une arme.

EXEMPLE

Un arrêt de la Cour de cassation, chambre criminelle, en date du 16 mars 1999, est très éclairant sur un cas très courant de vols dans l'entreprise : « LA COUR – (...) Vu l'article 311-1 du Code pénal ; Attendu que toute appropriation de la chose appartenant à autrui, contre le gré de son propriétaire ou légitime détenteur, caractérise la soustraction frauduleuse constitutive de vol, quels que soient le mobile qui a inspiré son auteur et l'utilisation du bien appréhendé ; Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué que lorsqu'il a été mis fin à ses fonctions de directeur commercial, Marc Larrazet a reconnu avoir emporté divers documents commerciaux, administratifs et financiers des établissements Rabot et les avoir dissimulés à son domicile sous un vide sanitaire où ils ont été retrouvés sur ses indications au cours d'une perquisition ; qu'il a été poursuivi pour vol ; Attendu que, pour relaxer le prévenu de ce chef, l'arrêt attaqué retient notamment qu'il ne s'agit que de copies ou de doubles d'originaux qui auraient pu lui être utiles dans l'hypothèse de mise en cause de sa gestion, et qu'il apparaît indéniable qu'ils ne lui auraient été d'aucune utilité pour concurrencer son ancien employeur dans le cadre d'une activité parallèle ; que les juges ajoutent qu'il n'est pas démontré qu'il y a eu de sa part une utilisation frauduleuse de ces documents ; Mais attendu qu'en prononçant ainsi, la cour d'appel a méconnu les textes susvisés et le principe ci-dessus rappelé ; Que la cassation est, dès lors, encourue. Par ces motifs : Casse et annule, en toutes ses dispositions, l'arrêt de la cour d'appel de Nouméa, en date du 26 août 1997 ; Renvoie la cause et les parties devant la cour d'appel de Nouméa autrement composée (...) ».

Section 2. Le faux et l'usage de faux

Article 441-1 du Code pénal

« Constitue un faux toute altération frauduleuse de la vérité, de nature à causer un préjudice et accomplie par quelque moyen que ce soit, dans un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée, qui a pour objet ou qui peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques.

Le faux et l'usage de faux sont punis de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. »

Article 441-2 du Code pénal

« Le faux commis dans un document délivré par une administration publique aux fins de constater un droit, une identité ou une qualité ou d'accorder une autorisation est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

L'usage du faux mentionné à l'alinéa précédent est puni des mêmes peines.

Les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 euros d'amende lorsque le faux ou l'usage de faux est commis.

1° soit par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public agissant dans l'exercice de ses fonctions ;

2° soit de manière habituelle ;

3° soit dans le dessein de faciliter la commission d'un crime ou de procurer l'impunité à son auteur. »

Article 441-3 du Code pénal

« La détention frauduleuse de l'un des faux documents définis à l'article 441-2 est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.

La peine est portée à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende en cas de détention frauduleuse de plusieurs faux documents. »

Article 441-4 du Code pénal

« Le faux commis dans une écriture publique ou authentique ou dans un enregistrement ordonné par l'autorité publique est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende.

L'usage du faux mentionné à l'alinéa qui précède est puni des mêmes peines.

Les peines sont portées à quinze ans de réclusion criminelle et à 225 000 euros d'amende lorsque le faux ou l'usage de faux est commis par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public agissant dans l'exercice de ses fonctions ou de sa mission. »

Cette infraction est souvent qualifiée d'infraction-moyen, en ce qu'elle est le plus souvent destinée à permettre la réalisation d'une autre infraction. L'élément légal est l'article 441-1, mais seulement pour l'incrimination de base, car il existe dans les articles suivants des incriminations particulières, dites spécifiques. Pour s'en tenir au faux en général, le plus important, il est réprimé de trois ans de prison et de 45 000 euros d'amende. La tentative est punissable. La responsabilité des personnes morales est prévue par la loi.

Concrètement, pour que le délit soit constitué, il faut :

Quant à l'élément matériel :

Une condition préalable : le support. Ce support peut être un support écrit (l'ancien faux en écritures) ou tout autre support d'expression de la pensée (bandes magnétiques, films, disquettes d'ordinateur, messages électroniques, e-mail...).

Un élément matériel : une altération de la vérité, c'est-à-dire la fabrication du faux. Cette altération peut être matérielle si elle est faite par un procédé qui laisse des traces physiques décelables par expertise. Un exemple courant de ce faux matériel est la fausse signature. Cette altération peut être intellectuelle si l'altération du contenu de l'acte ne laisse pas de traces physiques, l'altération de la vérité portant sur le contenu, la substance, les circonstances de l'acte. Un exemple courant de ce faux intellectuel est la fausse facture, qui atteste de services commerciaux inexistantes. Mais un faux vrai est un vrai faux ! Une ancienne épouse réclame en justice le paiement d'une dette non remboursée. L'époux produit en justice comme preuve du remboursement un faux relevé bancaire. Certes, le remboursement avait été fait, mais à l'aide d'un autre compte (suisse...). L'arrêt rappelle que le faux matériel est punissable indépendamment de savoir si le contenu du document est contraire ou non à la vérité (Cass. crim., R. 31 avril 1994, Boby de la chapelle, Droit pénal numéro spécial déc. 1998, p. 130).

Un élément matériel alternatif : l'usage du faux. L'utilisateur du faux est punissable bien qu'il ne soit pas l'auteur de l'altération de la vérité. L'exemple de l'usage de faux est la production en justice de la pièce fautive lors d'un procès.

Un préjudice est nécessaire à la constitution d'un faux, bien que le plus souvent présumé par le juge. Mais il faut se rappeler du texte de l'incrimination : le faux « a pour objet ou peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques ». Le faux, pour être sanctionné, doit permettre de constater ou de prouver un droit ou encore d'exercer un droit ou une action. Lorsqu'un salarié falsifie les pièces justificatives d'un état de frais qu'il présente à son employeur, il commet ainsi le délit de faux (Cass. crim. 7 septembre 1993, Dr. pénal 1992, 2). Mais lorsqu'un salarié établit pour lui-même et signe en son nom une fausse attestation de domicile afin d'obtenir de son employeur des indemnités de déplacement, il ne commet pas de délit de faux. Cette attestation n'est, en effet, pas un titre probant mais une simple déclaration qui aurait dû faire l'objet d'une vérification (Cass. crim. 7 mars 1972, Bull. crim. 1972, n° 86). Autre exemple : les fausses factures. Elles ne sont pas nécessairement des faux. La fausse facture est un acte unilatéral de l'employeur ou du fournisseur, qui est sujette à vérification par le cocontractant. Le cocontractant ne peut donc faire condamner celui qui a fait cette fausse facture sur le fondement du faux. Mais la facture devient un titre assorti d'une valeur probante lorsque l'entreprise la passe en comptabilité, en général pour établir une fraude fiscale, pour obtenir du crédit d'une banque, faire condamner en justice un faux débiteur... Une entreprise commet donc une fausse facture lorsqu'elle porte sur ses livres

comptables des fausses factures afin de leur donner l'apparence d'actes de commerce réels et y traduire l'existence d'une activité commerciale imaginaire (Cass. crim. 24 avril 1984, D. 1986, p. 125). L'usage de faux est alors caractérisé par l'inscription en comptabilité de fausses factures (Cass. crim. 19 octobre, Bull. crim. ; 1987 n° 353).

Quant à l'élément moral :

L'élément intentionnel est double : un dol général, la connaissance de l'altération de la vérité, et un dol spécial, la conscience de causer un préjudice.

La responsabilité des personnes morales est prévue par l'article 441-12 du Code pénal.

EXEMPLE

Sommaire : L'employeur qui mentionne sur le bulletin de salaire d'un de ses employés que celui-ci se trouvait en congés payés alors qu'il était en arrêt maladie, réalise-t-il les infractions de faux et usage de faux réprimées par le Code Pénal ?

Par un arrêt rendu par Cour de cassation le 7 septembre 2005 (Cass. crim., 7 septembre 2005, n° 04-87.080 n° 4782 F-P+F, Recueil Dalloz 2005 Informations rapides p. 2547), la Cour de cassation donne une réponse positive, appliquant aux bulletins de salaire l'article 441-1 Code pénal qui vise les faux qui ne sont commis dans aucun des supports expressément visés par d'autres textes, c'est-à-dire aux faux commis dans des écritures privées. Selon cet article, le support doit être un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée, ce qui permet de délimiter le champ de l'incrimination et ce support doit ensuite avoir pour objet ou « pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques », ce qui conduit à exiger une certaine qualité au support : une valeur probatoire. La nature du support du faux et la valeur probatoire de ce même support sont donc les deux caractéristiques qui permettent de définir ce que peut être le faux en écriture. Pour ce qui est de la nature, l'écrit est le support privilégié, ce qui ne pose aucune difficulté pour le bulletin de paie. Pour ce qui est de la valeur probatoire de cet écrit, c'est tout l'intérêt de cet arrêt que de reconnaître que le bulletin de paie est un écrit valant titre, en raison de sa valeur probatoire, qui permet d'établir la preuve de faits ayant des conséquences juridiques. Le bulletin de paie n'est donc pas une simple déclaration unilatérale ne valant pas titre parce qu'elle est sujette à vérification, comme par exemple une fausse déclaration de domicile ou des fausses conclusions déposées en justice, 22 nov. 1977, Bull. crim., n° 361). La solution est importante car la valeur probatoire du bulletin de paie en droit du travail n'est pas clairement reconnue, entre la présomption simple de paiement qui permet de renverser la charge de la preuve (remis par l'employeur et accepté par le salarié, il valait preuve du paiement effectif des sommes qui y figuraient, sauf au salarié d'apporter la preuve susceptible de combattre cette présomption : Cass. soc., 21 juill. 1993, Cah. prud'h. 1994, n° 1, jur. p. 13) et le simple commencement de preuve par écrit depuis un revirement de jurisprudence, l'employeur devant, en dépit de la délivrance de fiches de paie, prouver qu'il s'est libéré de façon effective de son obligation de paiement des salaires (Cass. soc., 2 févr. 1999, D. 1999, IR p. 78 ; Cass. soc. 16 févr. 1999, D. 1999, IR p. 84). Les pénalistes expliquent l'application de cette solution par l'appréciation *in concreto* du support qui prévaut en droit pénal (Voir Valérie Malabat, « Faux », Rép. pén. Dalloz, n° 4.)

Section 3. L'escroquerie

Article 313-1 du Code pénal

« L'escroquerie est le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge.

L'escroquerie est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende. »

Article 313-2 du Code pénal

« Les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 750 000 euros d'amende lorsque l'escroquerie est réalisée :

1° par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission ;

2° par une personne qui prend indûment la qualité d'une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ;

3° par une personne qui fait appel au public en vue de l'émission de titres ou en vue de la collecte de fonds à des fins d'entraide humanitaire ou sociale ;

4° au préjudice d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur ;

5° en bande organisée.

L'escroquerie est un délit dit « d'astuce » par définition. Et bien que l'astuce des délinquants soit sans limites, il est possible de donner quelques exemples des escroqueries les plus courantes.

La carambouille, ou escroquerie à l'achat

Cette escroquerie consiste à simuler la création d'une activité commerciale d'une entreprise fictive ou réelle afin d'obtenir de fournisseurs la livraison de marchandises payables à terme. Ces marchandises sont dans un premier temps revendues, souvent à perte. Puis, lorsque le fournisseur, rassuré par plusieurs relations d'affaires, consent à fournir un montant important de marchandises, l'escroquerie consiste à revendre ces marchandises et à disparaître avant la date d'échéance des traites (date de paiement de la marchandise déjà livrée).

L'escroquerie à la TVA

Il s'agit de créer des crédits fictifs d'impôts, en majorant abusivement le montant des achats effectués. Le moyen le plus courant pour ce faire est la création de sociétés de façade (les taxis). Le commerçant (dit détaxeur, parce qu'il échappe à une taxe) fait un achat fictif à la société (dite Taxi, parce qu'elle fait la taxe...), qu'il règle par chèque et dont il reçoit la facture. Le Taxi dépose le chèque à sa banque et retire ensuite la somme en liquide, dont il déduit sa rémunération, et qu'il restitue au commerçant. Le commerçant détaxeur peut donc justifier auprès du fisc d'un remboursement de son crédit de TVA.

Escroquerie par présentation de bilans inexacts

Un faux bilan est bien souvent un élément d'une manœuvre frauduleuse. Par exemple un directeur de société qui, pour obtenir des prêts, présente au banquier des bilans établis à partir d'une comptabilité falsifiée faisant ressortir une situation prospère alors qu'en réalité les résultats étaient déficitaires (Cass. crim. 17 décembre 1974, Bull. crim. n° 371).

Ainsi, l'escroquerie nécessite quant à son élément matériel, deux éléments constitutifs : des moyens frauduleux et la remise de la chose.

Premier élément matériel : des moyens frauduleux

Ces actes positifs sont de différentes sortes. Le « faux nom » visé à l'article 313-1 est un mensonge portant sur l'utilisation du nom d'un tiers, le recours à un nom imaginaire... La « fausse qualité » est l'usurpation d'un état (lien de parenté par exemple) ou d'un titre (universitaire...) ou d'une fausse profession, privée ou publique (banquiers...). Le Nouveau Code pénal a assimilé à la « fausse qualité », un « abus de qualité vraie », tel l'abus de qualité d'avocat (Cass. crim. 30 juin 1999 N n° 170), ou de qualité de directeur comptable d'une entreprise (Dans cette espèce, le comptable de la société des avions Marcel Dassault, titulaire d'une procuration générale sur les comptes bancaires de l'entreprise, avait abusé de sa qualité vraie auprès du directeur de la banque pour se faire remettre une somme de 8 millions de francs. Cass. crim 23 mars 1978, D. 1979, p. 319 note Bouloc, B n° 116). Les « manœuvres frauduleuses » sont en vérité innombrables. Le mensonge simple est insuffisant, et doit

être complété par des éléments extérieurs, telles l'intervention d'un tiers, la production de pièces ou documents écrits venant corroborer un mensonge, la mise en scène...

Second élément : la remise de la chose convoitée

Mais cette chose peut être très diverse : un bien, un service, un consentement. Peu importe que cette remise profite au prévenu ou seulement à un tiers. Peu importe qu'elle soit matérielle ou non, car cette remise peut consister en une abstention, le délinquant ayant agi afin que l'on ne lui réclame pas ce qu'il doit réellement. Enfin, bien que l'article 313-1 fasse référence au « préjudice » que cause cette remise de la chose, celui-ci bien que matériel dans l'immense majorité des cas, peut aussi être un préjudice moral.

Élément moral : l'intention coupable est nécessaire

L'escroc doit donc avoir agi en connaissance de cause. La constatation de celle-ci fait peu de difficulté au juge en général. Plus incertain est le cas de celui qui use de manœuvres frauduleuses pour se faire rembourser ce qui lui est dû. Son intention est-elle vraiment coupable ? La solution est ancienne : nul ne doit se faire justice soi-même, et les mobiles sont indifférents au droit pénal (Cass. crim. 2 août 1866, Bull. n° 198).

Les peines encourues sont un emprisonnement de cinq ans et une amende de 37 500 euros. De nombreuses peines complémentaires sont prévues, la tentative d'escroquerie est réprimée, la responsabilité morale des sociétés est prévue, ainsi que plusieurs circonstances aggravantes. Voir pour le recel d'escroquerie, Cass. crim. 23 mars 1978, D. 1979, p. 319 (« Ont été jugés comme receleurs Jaen Kay et Danielle Marquet qui avaient acquis au moyen de fonds escroqués par de Vathaire à Marcel Dassault, un bateau en construction au Pirée »).

La responsabilité des personnes morales est prévue à l'article 313-7.

Section 4. La banqueroute

Article L. 626-2 du Code de commerce

« En cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, sont coupables de banqueroute les personnes mentionnées à l'article L. 626-1 contre lesquelles a été relevé l'un des faits ci-après :

- 1° avoir, dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, soit fait des achats en vue d'une revente au-dessous du cours, soit employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds ;
- 2° avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif du débiteur ;
- 3° avoir frauduleusement augmenté le passif du débiteur ;
- 4° avoir tenu une comptabilité fictive ou fait disparaître des documents comptables de l'entreprise ou de la personne morale ou s'être abstenu de tenir toute comptabilité lorsque la loi en fait l'obligation ;
- 5° avoir tenu une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions légales. »

Concrètement, le délit de banqueroute sanctionne le comportement frauduleux du chef d'entreprise ou du dirigeant d'une personne morale qui a fait l'objet d'une ouverture de redressement judiciaire.

Sont seules punissables les personnes désignées par la loi : entrepreneurs individuels (commerçants, artisans, agriculteurs), représentants sociaux (dirigeants de fait ou de droit, liquidateurs, représentants permanents d'une personne morale), personnes morales.

Une condition préalable : l'ouverture d'une procédure collective. Après la date de cessation des paiements, les détournements commis par le dirigeant de la société placée en redressement judiciaire ne peuvent tomber que sous l'incrimination de banqueroute, à l'exclusion de celle d'abus de biens sociaux et les poursuites engagées sous ce dernier chef d'incrimination sont fréquemment requalifiées en banqueroute.

Un élément matériel : l'achat pour revente à perte ou l'emploi de moyens ruineux pour se procurer des fonds, le détournement ou la dissimulation de tout ou partie de l'actif du débiteur, l'augmentation frauduleuse du passif du débiteur, la tenue d'une comptabilité fictive ou la disparition des documents comptables, l'absence de toute comptabilité, la tenue d'une comptabilité incomplète ou irrégulière.

Un élément intentionnel : la conscience de la faute commise.

Un cas : Cass. crim., 20 oct. 2004, n° 5909 F-P+F

Les faits sont simples : Jean C. a été déclaré coupable de banqueroute par une cour d'appel pour avoir cédé à un prix inférieur au prix d'acquisition soixante et onze véhicules automobiles précédemment achetés avec une clause de réserve de propriété au profit du vendeur, l'arrêt énonçant que les véhicules acquis avec réserve ont intégré l'actif de la société à la date de leur livraison. La question de droit soulevée est plus complexe : la cession en dessous de leur valeur de biens couverts par une clause de réserve de propriété peut-elle constituer un détournement de l'actif de l'entreprise débitrice, passible des sanctions de banqueroute, au sens de l'article L. 626-2, 2°, du Code de commerce ? Car comment des biens dont le débiteur n'est, par définition, pas propriétaire peuvent-ils être considérés comme faisant partie de son actif ? On voit la contradiction entre la notion d'actif, essentiellement comptable, et la notion juridique de propriété. La cour de cassation semblait faire de la propriété de l'élément détourné une condition de l'incrimination, à propos d'un détournement de clientèle opéré par un locataire-gérant (Cass. crim., 22 août 1995, D. 1995, IR p. 243 ; Rev. Sociétés 1996, p. 339, note D. Ohl). Or, dans cet arrêt du 20 octobre, la Chambre criminelle estime que la cession en dessous de leur valeur de biens couverts par une clause de réserve de propriété peut constituer un détournement de l'actif passible des sanctions de banqueroute : « Attendu qu'en prononçant ainsi, et dès lors que, selon l'article 3 de la loi du 12 mai 1980, les biens incriminés doivent figurer sur une ligne distincte à l'actif du bilan de l'acquéreur et font donc partie du patrimoine social, la cour d'appel a justifié sa décision. » Le dernier alinéa de l'article 3 de la loi du 12 mai 1980 précise en effet : « Les marchandises vendues avec une telle clause doivent figurer sur une ligne distincte à l'actif du bilan de l'acquéreur. La créance correspondant à la vente doit également figurer sur une ligne distincte à l'actif du bilan du vendeur. » D'où l'arrêt du 20 octobre 2004 tire cette conclusion que les biens en cause « font partie du patrimoine social ».

Section 5. L'abus de confiance

Article 314-1 du Code pénal

« L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé.

L'abus de confiance est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende. »

Article 314-2 du Code pénal

« Les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 750 000 euros d'amende lorsque l'abus de confiance est réalisé :

1° par une personne qui fait appel au public afin d'obtenir la remise de fonds ou de valeurs soit pour son propre compte, soit comme dirigeant ou préposé de droit ou de fait d'une entreprise industrielle ou commerciale ;

2° par toute autre personne qui, de manière habituelle, se livre ou prête son concours, même à titre accessoire, à des opérations portant sur les biens des tiers pour le compte desquels elle recouvre des fonds ou des valeurs. »

Article 314-3 du Code pénal

« Les peines sont portées à dix ans d'emprisonnement et à 1 500 000 euros d'amende lorsque l'abus de confiance est réalisé par un mandataire de justice ou par un officier public ou ministériel soit dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, soit en raison de sa qualité. »

L'auteur d'un abus de confiance poursuit le même but que le voleur et l'escroc : s'emparer de la chose d'autrui. Mais à la différence du voleur et de l'escroc, celui qui commet un abus de confiance n'a pas à soustraire la chose d'autrui, ou à convaincre autrui par des manœuvres de lui confier un bien. Cette chose d'autrui lui a en effet déjà été confiée. Il ne fait que tromper la confiance qui avait été mise en lui. Jusqu'en 1994, cette chose devait avoir été confiée en vertu de l'un des contrats énumérés par l'article 408 ancien du Code pénal « louage, de dépôt, de mandat, de nantissement, de prêt à usage, ou pour un travail salarié ou non salarié ». Désormais, l'article 314-1 élargit considérablement le champ d'application de cette infraction, en ne liant plus la constitution de celle-ci à l'un des contrats énumérés limitativement, élargissant ainsi le délit, par exemple, à une convention de compte courant ou un contrat de société, voire à des hypothèses de simple remise, de simple détention matérielle sans contrat préalable, telle la remise d'un objet aux fins d'évaluation, d'expertise ou d'examen. Ainsi, commet un abus de confiance, le salarié, directeur d'un hôtel, qui utilise la machine à affranchir le courrier à des fins personnelles (Cass. crim., 16 janv. 1984, Bull. n° 18) ; ou l'expert-comptable qui refuse de restituer à une entreprise les pièces comptables que celle-ci lui a confiées s'il abuse de son droit de rétention. Experts-comptables, garagistes... ont en effet un droit de rétention sur les marchandises ou documents qui ont pu leur être remis jusqu'au paiement de leur facture, sauf si leur prétendue créance est injustifiée, ou s'ils retiennent des pièces ou biens qui ne sont pas connexes à leur créance. Par exemple, un expert-comptable qui veut se faire régler des travaux opérés les années antérieures est condamné pour abus de confiance (Cass. crim., 6 novembre 1978, RTDcm 1979, p. 328).

Pour que le délit soit constitué, il faut, quant à **l'élément matériel, un élément préalable** et deux éléments constitutifs.

L'élément préalable : la remise d'une chose à titre précaire.

L'article 314-1 vise des fonds, des valeurs ou des biens : argent, valeurs, bijoux, lingots, valeurs mobilières... Cette remise est indispensable. Un arrêt célèbre illustre cette obligation : un fermier avait vendu des pailles et fumiers de son exploitation alors qu'il s'était obligé par son bail à fumer ses terres de tous les engrais qu'il produirait. L'abus de confiance n'était pas constitué à défaut de remise de la chose, en l'espèce l'engrais (Cass. crim. 17 août 1843, S. 1844, 1. p. 82).

Premier élément constitutif : le détournement de cette chose, par dissipation, refus de restituer, usage abusif de la chose. Le détournement est un changement de destination précise de la chose, réalisé à une fin précise. La dissipation est la disparition de l'objet.

Second élément constitutif : un préjudice, matériel ou moral.

Un élément intentionnel : le détournement doit avoir été fait intentionnellement.

Cette infraction est punie d'un emprisonnement de trois ans et d'une amende de 375 000 euros, auxquels s'ajoutent des peines complémentaires, trois circonstances aggravantes étant prévues. La responsabilité des personnes morales est prévue, mais pas la tentative, qui n'existe donc pas en matière d'abus de confiance.

EXEMPLE

La Cour de cassation reconnaît pour la première fois (Cass. crim., 19 mai 2004, n° 3176 F-P+F) que l'usage personnel d'un matériel informatique mis à la disposition du salarié par son entreprise puisse constituer un abus de confiance (V. T. corr. Le Mans, 16 févr. 1998, JCP 1999, II, 10011, note Frayssinet). En l'espèce, cet usage n'était pas anodin, le salarié qui détournait son ordinateur et la connexion Internet de l'usage pour lequel ils avaient été mis à sa disposition pour surfer sur des sites pornographiques et envoyer des messages pornographiques et échangistes se rend coupable d'abus de

confiance. Désormais, si le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée, ce principe n'est pas sans limite, ce principe doit être concilié avec les limites de l'abus de confiance (Cass. soc., 2 oct. 2001, D. 2001, Jur. p. 3148, note Gautier ; *ibid.* 2002, Somm. p. 2296, obs. Caron ; RTD civ. 2002, p. 72, obs. Hauser . – V. Philippe Langlois, D. 2001, p. 3286 . – V. aussi CEDH, 4 mai 2000, D. 2001, Somm. p. 1988, obs. Lepage ; AJDA 2000, p. 10006, spéc. p. 1012, obs. Flauss).

Section 6. La corruption

La corruption est un délit spécifique, bien que d'autres incriminations proches existent. Ainsi de la prise illégale d'intérêt qui vise les fonctionnaires, du trafic d'influence... ou de la « loi anti-cadeaux » du 27 janvier 1993, modifiée par la loi du 4 mars 2002, qui pose le principe d'interdiction des cadeaux offerts aux professionnels de santé par les laboratoires pharmaceutiques, sanctionnant à la fois l'entreprise pharmaceutique « proposant » des avantages prohibés et les professionnels de la santé « recevant » des cadeaux. L'idée est bien évidemment de moraliser leurs rapports, et d'écarter le risque « d'achat de prescription ». Étrangement, il existait jusqu'à une certaine date une véritable permissivité envers la corruption, soit de fait, soit de droit. Par exemple, la législation française permettait aux exportateurs de déduire de leurs résultats imposables les « commissions et autres frais commerciaux », c'est-à-dire la corruption à l'international, sous réserve qu'ils remplissent les conditions générales énoncées par l'article 39-1 du CGI et les critères définis par la jurisprudence. Il en est ainsi, en particulier, lorsqu'ils sont versés dans l'intérêt de l'entreprise et régulièrement déclarés. La réalité du versement doit être démontrée et la charge ne doit pas être excessive. L'article 39-2 bis du CGI, introduit par l'article 32 de la loi de finances rectificative pour 1997 (n° 97-1239, 29 déc. 1997 : Dr. fisc. 1998, n° 1-2, comm. 2) et modifié par la loi n° 2000-595 du 30 juin 2000 modifiant le Code pénal et le Code de procédure pénale relative à la lutte contre la corruption, supprime la possibilité pour les entreprises de déduire de leurs résultats imposables toutes les sommes versées ou tous les avantages octroyés directement ou indirectement à un agent public en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le cadre de transactions commerciales internationales.

Ces dispositions ont été adoptées, en raison de l'entrée en vigueur sur le territoire de la République de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales signée le 17 décembre 1997 (D. n° 2000-948, 28 sept. 2000 : JO, 29 sept. 2000 ; Dr. fisc. 2000, n° 42, comm. 786 portant publication de la convention). Parallèlement, sera désormais sanctionné pénalement le fait, pour une personne physique ou morale, de proposer sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour obtenir d'un agent public étranger au sens de la Convention OCDE qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction, en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international.

Article 432-11 du Code pénal

« Est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public, de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques :

1° soit pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat ;

2° soit pour abuser de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable. »

Article 431-1 du Code pénal

« Est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende **le fait de proposer**, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour obtenir d'une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public :

1° soit qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat ;

2° soit qu'elle abuse de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable.

Est puni des mêmes peines le fait de céder à une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public qui sollicite, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte visé au 1° ou pour abuser de son influence dans les conditions visées au 2°.

Art L. 152-6 du Code du travail (abrogé par la loi du 4 juillet 2005) : « Le fait, par tout directeur ou salarié, de solliciter ou d'agréer, directement ou indirectement, à l'insu et sans l'autorisation de son employeur, des offres, des promesses, des dons, présents, escomptes ou primes pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir des actes de sa fonction, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait, par quiconque, de céder aux sollicitations définies à l'alinéa précédent, ou d'en prendre l'initiative »

Ces incriminations visent deux catégories distinctes de corruption : la corruption active et la corruption passive. La corruption active est le fait de rémunérer l'accomplissement ou le non-accomplissement d'un acte de sa fonction par un agent compétent. La corruption passive est le fait de se laisser acheter. Par exemple, donner une certaine somme d'argent en liquide au responsable des achats d'une société pour bénéficier de sa clientèle lors de passation de marchés ultérieurs.

Mais un art. 445-1 (corruption active dans le privé) et un art. 445-2 (corruption passive dans le privé) ont été récemment introduits dans le Code pénal, incriminant plus largement la corruption dans le secteur privé, désormais plus limité à la seule corruption de salarié : s'expose aux sanctions toute personne « qui, sans être dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, exerce dans le cadre d'une activité professionnelle ou sociale, une fonction de direction ou un travail pour une personne physique ou morale, ou un organisme quelconque (...) » propose (corruption active) ou accepte (corruption passive) « des offres, promesses, don de présents ou des avantages quelconques pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de son activité ou fonction, ou facilité par son activité ou sa fonction, en violation de ses obligations légales, contractuelles ou professionnelles ». La sanction des deux cas de corruption est 5 ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende. L'incrimination de corruption dans le secteur privé, a été introduite par la loi n° 2005-750 du 4 juillet 2005 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la justice. Cette incrimination pose des problèmes d'articulation avec l'incrimination de corruption dans le secteur public et de corruption de salarié.

D'une part, le secteur privé est défini par opposition au secteur public : s'expose aux sanctions toute personne « qui, sans être dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, exerce dans le cadre d'une activité professionnelle ou sociale, une fonction de direction ou un travail pour une personne physique ou morale, ou un organisme quelconque (...). Toutefois, les « personnes investies d'un mandat électif public » visées aux articles 432-11 et 432-12 du Code pénal n'ont pas été exclues du champ d'incrimination de la corruption dans le secteur privé. Cela s'explique par la situation même des élus qui peuvent continuer une activité professionnelle en dehors de l'exercice de leur mandat, et par conséquent pourront se voir appliquer tantôt l'article 432-11 du code lorsqu'ils

interviennent au titre de leur mandat électif ou dans le cadre d'une activité professionnelle relevant du secteur public, tantôt l'article 445-2 s'ils agissent dans le cadre d'une activité professionnelle relevant du secteur privé.

D'autre part, les nouvelles infractions prévues aux articles 445-1 et 445-2 du Code pénal reprennent, en l'élargissant, l'incrimination désormais abrogée de la corruption de salarié figurant à l'article L. 152-6 du Code du travail. Si cette abrogation est sans incidence sur les dossiers en cours, dès lors que les nouvelles incriminations englobent les pratiques déjà punissables dans le secteur privé, des particularismes existent toutefois ; dans les cas où l'infraction imputée à un salarié, punissable en application de l'article L. 152-6 est poursuivie en application des articles 445-1 et 445-2, il conviendra de faire application des sanctions prévues par la loi ancienne, moins sévère que la loi nouvelle. Et à la différence de l'article L. 152-6 du Code du travail, les nouvelles dispositions pénales ne reprennent pas la condition restrictive tenant à l'exigence d'un lien de subordination du corrompu vis-à-vis de son employeur : conséquence, la répression de la corruption dans le secteur privé n'est plus exclusivement réservée aux salariés, mais pourra s'appliquer quel que soit le statut professionnel du corrompu, sans qu'il soit nécessaire de recourir à d'autres qualifications, telles que, par exemple pour les dirigeants d'entreprise ou associés, l'abus de bien sociaux. Existait en effet une particularité en droit du travail, le texte incriminant tout « directeur ou salarié ». C'est le critère de subordination dans lequel se trouve le salarié qui était aussi le critère d'application de l'infraction de corruption de salarié. La question s'est posée de savoir si le « directeur » visait le dirigeant de société. Le texte est désormais clair : si le directeur est aussi titulaire d'un contrat de travail et que la corruption est relative aux fonctions de salarié, il pourra être poursuivi. Et si le « directeur » est président du conseil d'administration ou simple administrateur, il peut désormais être aussi poursuivi. Désormais, la nouvelle rédaction incriminant la corruption dans le secteur privé, le directeur tombe sous l'incrimination de corruption. Il en va de même pour les membres des professions libérales, à l'instar des avocats, notaires, experts-comptables... De même, les articles 445-1 et 445-2 du Code pénal ne font plus référence au caractère occulte de la contrepartie promise au corrompu, contrairement à l'article L. 152-6 du Code du travail. Il en résulte qu'un salarié pourra désormais être poursuivi pour des faits de corruption passive alors même que son employeur en aurait eu connaissance. La corruption a pour effet une violation des « obligations légales, contractuelles ou professionnelles » du corrompu. L'exigence d'un acte ou d'une abstention du professionnel corrompu commis en méconnaissance de ses obligations constitue, aux yeux de la Chancellerie, une différence importante avec les conditions de répression de la corruption dans le secteur public, laquelle n'implique pas d'établir la violation des devoirs à sa charge. Au titre des obligations légales, on trouvera par exemple les dispositions applicables aux professions dites réglementées comme les avocats, les architectes ou les commerçants. Au titre des obligations contractuelles, on pourra se référer, pour les salariés, aux clauses spécifiques de loyauté, de non-concurrence ou de non-divulgaration d'information figurant dans leur contrat de travail. Au titre des obligations professionnelles, on trouvera notamment les règles déontologiques qui existent dans de nombreuses professions (Circulaire de présentation des nouvelles infractions de corruption active et passive dans le secteur privé. Circulaire CRIM 06 – 4/G3 JUS D 06 – 30017 C du 14 février 2006).

EXEMPLE

Un arrêt de la Cour de cassation, chambre criminelle en date du 9 nov. 1995 est exemplaire de la complexité de la corruption à la fois active et passive... [Juris-Data n° 003342] (pourvois c/ CA Saint-Denis de la Réunion, ch. acc., 28 déc. 1993 et CA Saint-Denis de la Réunion, ch. corr., 29 juill. 1994). Une entreprise voulait obtenir un marché du Conseil général de la Réunion. Elle contacte le président du conseil qui élabore un pacte de corruption ingénieux. Puisque des conseillers régionaux du Conseil général de la Réunion étaient aussi entrepreneurs de transport, ils ont reçu des sommes de l'entreprise afin de favoriser l'obtention d'un marché public et ont ensuite rémunéré le président du Conseil général en lui prêtant des autobus pour le remercier de son activité « d'intermédiaire »... (Sont coupables de corruption passive les élus, et de corruption active le président de la société qui voulait le marché).

Dans l'affaire *Urba*, il s'agissait pour les prévenus, pour faire obtenir des marchés à des entreprises, de faire rémunérer leurs interventions auprès d'élus de leur parti politique chargés d'attribuer ces marchés. Deux particularités de la corruption apparaissent alors : d'une part, la corruption passe par un intermédiaire et, d'autre part, la corruption peut bien souvent être qualifiée aussi de trafic d'influence et de faux. La cour d'appel a retenu le trafic d'influence dans cette affaire pour sanctionner les dirigeants de la société *Urba* : « la prestation fournie par les bureaux d'études consistait à apporter aux entreprises qui sollicitaient leurs services, une assistance commerciale ou administrative, qui les aidait à pénétrer les collectivités locales et à obtenir des marchés... En l'absence de toute prestation effective et de toute étude, l'unique finalité des honoraires versés à la société *V*, par les entreprises, était l'influence exercée par elle auprès des décideurs de même obédience politique. Les sommes versées étaient liées à l'obtention ou à la promesse d'obtention par cette société du marché public pour lequel elle s'était portée candidate ». La cour d'appel a justifié sa décision de condamner les dirigeants d'une société pour trafic d'influence en retenant qu'ils ont, en exécution d'accords préalables, reçu des fonds d'entreprises ayant obtenu des marchés publics, pour rémunérer leur intervention auprès des élus chargés de les attribuer et appartenant au parti socialiste ou au parti communiste. Les juges ont justifié leur décision de condamner le trésorier national du parti socialiste du chef de recel de trafic d'influence en retenant qu'il connaissait l'origine frauduleuse des fonds versés par l'intermédiaire de la société des auteurs principaux. 30 % des sommes recueillies par la société étaient affectées au financement du parti socialiste au plan national, en outre elles rémunéraient des permanents de ce parti, à titre de salariés. Le prévenu, qui déterminait avec l'auteur principal le montant et la nature des dépenses qui seraient prises en charge par sa société, connaissait le caractère frauduleux du mécanisme de collecte des fonds. Il importe peu qu'il n'en ait pas connu tous les détails.

Pour déclarer les dirigeants de sociétés coupables de faux, la cour d'appel retient qu'ils ont adressé des factures à des entreprises ayant obtenu des marchés publics ; ces factures étant supposées rétribuer une prétendue « assistance commerciale », laquelle était inexistante. La cour relève que ces factures contenaient des mentions contraires à la vérité et ajoute que leur montant a été encaissé. En statuant ainsi, la cour d'appel a justifié sa décision. En effet, constitue un faux le fait d'établir, en vue de justifier des mouvements de fonds en comptabilité, des pièces justificatives inexactes concernant les opérations correspondantes (CA Paris 7 juillet 1993, Cass. crim. 16 déc. 1997, Bull. crim. n° 428).

Ce concours de qualifications peut présenter un intérêt certain en cas de difficulté de preuve ou de prescription de la corruption. En effet, la prescription de la corruption est de trois ans. Si les fonds ont été remis, c'est à cette date que commence à courir la prescription. Si les relations continuent, la prescription commence aux derniers rapports corrupteur-corrompu. Mais il est souvent possible de sanctionner au-delà de ce délai le chef d'entreprise qui a versé des fonds occultes sous l'incrimination d'abus de biens sociaux. Un arrêt illustre cette hypothèse : deux dirigeants sociaux prélèvent du compte de la société la somme d'un million de francs pour la remettre à deux inspecteurs des impôts chargés du contrôle fiscal de la société. Le commissaire aux comptes ayant dénoncé certaines irrégularités, un juge d'instruction est désigné. Certes plus de trois ans se sont écoulés depuis les faits et les délits de corruption se trouvent prescrits. Les dirigeants sont néanmoins poursuivis et condamnés par le tribunal correctionnel pour abus de biens sociaux dont la prescription est retardée (Cass. crim. 13 novembre 1986, n° 342).

Ainsi, à la différence de l'article L. 152-6 du Code du travail, les nouvelles dispositions pénales ne reprennent pas la condition restrictive tenant à l'exigence d'un lien de subordination du corrompu vis-à-vis de son employeur : conséquence, la répression de la corruption dans le secteur privé n'est plus exclusivement réservée aux salariés, mais pourra s'appliquer quel que soit le statut professionnel du corrompu, sans qu'il soit nécessaire de recourir à d'autres qualifications, telles que, par exemple pour les dirigeants d'entreprise ou associés, l'abus de biens sociaux. Il en va de même pour les membres des professions libérales, à l'instar des avocats, notaires, experts-comptables...

De la même façon, les articles 445-1 et 445-2 du Code pénal ne font plus référence au caractère occulte de la contrepartie promise au corrompu, contrairement à l'article L. 152-6 du Code du travail. Il en résulte qu'un salarié pourra désormais être poursuivi pour des faits de corruption passive alors

même que son employeur en aurait eu connaissance ; ceci ne vaut que pour les faits postérieurs à l'entrée en vigueur de la loi, les faits antérieurs devant alors ici être qualifiés au regard de l'article L. 152-6 du Code du travail.

La corruption a pour effet une violation des « obligations légales, contractuelles ou professionnelles » du corrompu. L'exigence d'un acte ou d'une abstention du professionnel corrompu commis en méconnaissance de ses obligations constitue, aux yeux de la Chancellerie, une différence importante avec les conditions de répression de la corruption dans le secteur public, laquelle n'implique pas d'établir la violation des devoirs à sa charge. Au titre des obligations légales, on trouvera par exemple les dispositions applicables aux professions dites réglementées comme les avocats, les architectes ou les commerçants. Au titre des obligations contractuelles, on pourra se référer, pour les salariés, aux clauses spécifiques de loyauté, de non-concurrence ou de non-divulgence d'information figurant dans leur contrat de travail. Au titre des obligations professionnelles, on trouvera notamment les règles déontologiques qui existent dans de nombreuses professions.

Section 7. Le recel

Article 321-1 du Code pénal

« Le recel est le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit. Constitue également un recel le fait, en connaissance de cause, de bénéficier, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit.

Le recel est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende. »

Article 321-2 du Code pénal

« Le recel est puni de dix ans d'emprisonnement et de 750 000 euros d'amende :

1° lorsqu'il est commis de façon habituelle ou en utilisant les facilités que procure l'exercice d'une activité professionnelle ;

2° lorsqu'il est commis en bande organisée. »

Article 321-3 du Code pénal

« Les peines d'amende prévues par les articles 321-1 et 321-2 peuvent être élevées au-delà de 375 000 euros jusqu'à la moitié de la valeur des biens recelés. »

Article 321-4 du Code pénal

« Lorsque l'infraction dont provient le bien recelé est punie d'une peine privative de liberté d'une durée supérieure à celle de l'emprisonnement encouru en application des articles 321-1 ou 321-2, le receleur est puni des peines attachées à l'infraction dont il a eu connaissance et, si cette infraction est accompagnée de circonstances aggravantes, des peines attachées aux seules circonstances dont il a eu connaissance. »

Article 321-5 du Code pénal

« Le recel est assimilé, au regard de la récidive, à l'infraction dont provient le bien recelé. »

Concrètement, commet un recel celui qui détient une chose dont il connaît l'origine délictueuse. Le recel est un délit qui n'existe que parce que d'autres délits ont été commis préalablement. Mais s'il n'y avait pas de receleurs, il n'y aurait que peu de voleurs. Aussi, pour prévenir ces délits, le recel est très lourdement sanctionné. Depuis 1915 le recel n'est plus une complicité mais une infraction distincte, réprimé de 5 ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende, qui peuvent être élevées jusqu'à la moitié de la valeur des biens recelés. La responsabilité des personnes morales est prévue. Pour que

l'infraction soit constituée, il faut que soient réunis **deux éléments matériels et une intention coupable**.

Une condition préalable : une chose provenant d'une infraction

Peu importe la nature de la chose. L'objet du recel peut d'ailleurs être la chose elle-même obtenue du délit originaire, mais aussi le produit de sa vente.

Un élément matériel : la détention de la chose

Cette notion de détention est double. Détention au sens strict, constituant le recel-détention (par exemple celui qui détient une chose recelée, ou est intermédiaire entre le voleur et l'acheteur de la chose volée...), mais aussi recel-profit, notion consacrée par le Nouveau Code pénal. Le receleur est en ce cas le bénéficiaire du produit d'un crime ou d'un délit, par exemple celui qui se fait transporter dans une voiture volée, ou profite de secrets de fabrication, celui qui utilise ses relations professionnelles avec des sociétés pour obtenir des dirigeants qu'ils règlent avec des fonds sociaux les factures de construction de sa maison particulière dans le sud de la France...

Un élément intentionnel : l'auteur doit avoir connaissance de l'origine frauduleuse des choses recelées. Depuis l'arrêt Pelegrin, il semble que cet élément intentionnel n'est pas constitué si la personne ne connaît pas, en entrant en possession de la chose, son origine délictueuse (Cass. crim. 24 novembre 1977, Bull. crim. n° 371, D. 1978, 42, note Kehrig). Les deux arrêts Noir-Botton du 6 février 1997 et Carignon du 27 octobre 1997 ont créé une règle particulière en matière de prescription, la chambre criminelle de la Cour de cassation affirmant : « que le recel du produit d'un ABS ne saurait commencer à se prescrire avant que l'infraction dont il procède soit apparue et ait pu être constatée dans les conditions permettant l'exercice de l'action publique » (*voir supra*).

EXEMPLE

L'incrimination de recel est très utile pour sanctionner un pacte de corruption qui est souvent trop incertain à prouver. Ainsi, dans l'arrêt rendu par la Chambre criminelle de la Cour de cassation le 6 février 1997, les juges relèvent des faits très clairs : la société Kis France a réglé à Pierre Botton, les 17 juillet et 5 octobre 1987, deux factures, d'un montant total de 760 000 F hors taxes, et que la véritable raison, ayant conduit Serge Crasnianski, président de cette société, à effectuer ces versements, était d'obtenir de leur bénéficiaire, gendre du ministre du Commerce extérieur, Michel Noir, une intervention susceptible d'éviter le reversement, au Trésor public, d'une aide à l'exportation, d'un montant de 15 millions de F, qu'il était envisagé d'imposer à la société Kis, faute d'avoir respecté la totalité de ses engagements. Il est établi, par ailleurs, que le ministre du Commerce extérieur, Michel Noir, a adressé le 29 septembre 1987, au président de la société Kis, une lettre l'informant qu'il avait été décidé de limiter à 5 millions de F le remboursement de la subvention. La juridiction du second degré a donc déclaré Serge Crasnianski coupable d'abus de biens sociaux... Mais Michel Noir, à défaut de corruption, sera condamné pour recel, recel-profit des sommes constituant l'abus de biens sociaux... Pour échapper à la sanction, la dissimulation du pacte de corruption n'est donc plus une solution sans risques...

Section 8. Le blanchiment

L'article 324-1 du Code pénal (loi n° 96-392 du 13 mai 1996 art. 1, *Journal officiel* du 14 mai 1996) (ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 art. 3, *Journal officiel* du 22 septembre 2000 en vigueur le 1^{er} janvier 2002) définit le blanchiment comme « le fait de faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect. Constitue également un blanchiment le fait d'apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit ».

Ce même article sanctionne le blanchiment simple de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende, l'article 324-2 prévoit la sanction de dix ans d'emprisonnement et de 750 000 euros

d'amende *pour le blanchiment aggravé*, c'est-à-dire lorsqu'il est commis de façon habituelle ou en utilisant les facilités que procure l'exercice d'une activité professionnelle ou lorsqu'il est commis en bande organisée.

Les articles suivant prévoit un mécanisme de sanction particulièrement efficace. D'une part, l'article 324-3 *précise que* les peines d'amende mentionnées aux articles 324-1 et 324-2 peuvent être élevées jusqu'à la moitié de la valeur des biens ou des fonds sur lesquels ont porté les opérations de blanchiment ; d'autre part, l'article 324-4 institue un mécanisme d'emprunt de sanction en affirmant que lorsque le crime ou le délit dont proviennent les biens et les fonds sur lesquels ont porté les opérations de blanchiment est puni d'une peine privative de liberté d'une durée supérieure à celle de l'emprisonnement encouru en application des articles 324-1 ou 324-2, le blanchiment est puni des peines attachées à l'infraction dont son auteur a eu connaissance et, si cette infraction est accompagnée de circonstances aggravantes, des peines attachées aux seules circonstances dont il a eu connaissance. Enfin, le blanchiment est assimilé, au regard de la récidive, à l'infraction à l'occasion de laquelle ont été commises les opérations de blanchiment. La tentative des délits prévus à la présente section est punie des mêmes peines.

Sur l'obligation de signalement :

Que doit faire l'établissement financier lorsque, à propos d'une opération à laquelle il lui est demandé de procéder, il ne parvient pas, malgré ses diligences à obtenir communication de l'identité du bénéficiaire et qu'il suspecte une opération de blanchiment ? La Chambre commerciale de la Cour de cassation est claire : il doit réaliser l'opération. Ainsi, dans une affaire qui a donné lieu à un arrêt de la Chambre commerciale du 21 janvier 2004, un émetteur de bons de capitalisation refuse de les rembourser parce que le porteur, une société de droit luxembourgeois, n'avait pas fourni l'identité des bénéficiaires des opérations et cela, malgré la requête de celui-ci, conforme au demeurant aux exigences légales. La Chambre commerciale décide cependant que cette circonstance que le porteur n'agit pas pour son compte et refuse de fournir les renseignements requis par la loi anti-blanchiment n'autorise pas l'émetteur d'un bon de capitalisation de s'exonérer de son obligation de remboursement. Cette décision n'est pas isolée, puisque dans une autre affaire qui a donné lieu à un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 9 avril 2004, une banque a refusé un virement en raison de sa non-conformité à ses obligations de vigilance. Pour la cour d'appel, les dispositions légales concernant la prévention du blanchiment donnent à Tracfin le pouvoir de s'opposer à l'opération pendant douze heures au plus, elles ne prévoient nullement que l'établissement bancaire puisse, de sa propre initiative, refuser l'opération. Mais alors, le banquier n'est pas à l'abri de poursuites pénales pour blanchiment s'il est avéré qu'il a passé l'opération en connaissance de cause nonobstant la déclaration à Tracfin.

Que doit faire le banquier lorsqu'il est confronté à une opération anormalement complexe dont il ne parvient pas à en expliquer les finalités sans avoir de soupçon de blanchiment d'argent provenant des infractions limitativement énumérées par la loi ? Le Conseil d'État est clair : il doit procéder à une déclaration à Tracfin même si l'infraction qui peut être à la base de l'opération provient de fraude fiscale alors que le dispositif français, ne concerne pas ce type de délits. Une insécurité juridique réside dans l'absence de cohérence entre le droit français et la directive communautaire sur la déclaration de soupçons à Tracfin. Dans le droit français, elle ne donne pas lieu à une déclaration de soupçon. Dans la logique du droit communautaire, elle devrait en faire l'objet. Il appartient en conséquence aux législateurs nationaux dans le cadre de l'exercice de transposition de respecter le texte communautaire, dans sa lettre et dans son esprit.

Cas pratique

Un arrêt de la Cour de cassation, chambre criminelle, en date 14 janvier 2004 (Voir D. 2004, Jurisprudence p. 1377 note Cutajar) précise que l'auteur de l'infraction principale peut également être condamné pour blanchiment des profits illicites générés par sa propre activité criminelle ou délictuelle. Les faits sont simples. M'Hamed X exerce une activité de commerçant en automobiles d'occasion et

de changeur non déclarée. Il est interpellé à la frontière franco-espagnole en possession d'une somme de 65 000 dollars US non déclarée aux douaniers. Condamné pour cette infraction douanière par le tribunal correctionnel de Perpignan le 16 décembre 2002, il est poursuivi pour les mêmes faits du chef de blanchiment d'argent provenant de délits de travail clandestin et de fraude fiscale. Le TGI de Perpignan le déclare coupable de blanchiment et le condamne à un an d'emprisonnement dont six mois avec sursis. Le ministère public, estimant qu'il ne résultait pas de l'information des charges suffisantes contre M'Hamed X, ainsi que le prévenu, font appel de la décision et sollicitent la relaxe. La cour d'appel de Montpellier réforme le jugement du TGI de Perpignan. Elle juge que « le ministère public n'a pas établi que le prévenu blanchissait des fonds provenant d'infractions commises par d'autres », alors que « l'auteur principal d'une infraction ne peut être poursuivi pour blanchiment des sommes provenant de sa propre activité illicite » dans la mesure où « le blanchiment est un service rendu à autrui dès lors que le texte répressif vise une "aide" ou un "concours" ». Le Procureur général près la cour d'appel de Montpellier forme alors un pourvoi contre la décision de la cour d'appel du 4 février 2003 arguant de ce que l'article 324-1, al. 2, C. pén. n'exclut pas l'incrimination de l'auteur de l'infraction principale et qu'il appartenait à la cour d'appel non pas de poser un principe mais de rechercher si les faits étaient constitutifs du délit de blanchiment. La Chambre criminelle censure la décision de la cour d'appel de Montpellier pour avoir méconnu le sens et la portée de l'article 324-1 C. pén. Ce n'est pas la première fois que cette interprétation de la matérialité de l'infraction de blanchiment est retenue par les juges du fond. Dans une affaire de blanchiment du produit du trafic de stupéfiants, la cour d'appel de Lyon avait décidé que « la qualité d'auteur de l'infraction principale était exclusive de celle d'auteur de l'infraction de blanchiment consécutive » faisant valoir que « les délits de blanchiment prévus par les articles 222-38 et 324-1 du code pénal ne pouvaient être commis que par des tiers facilitant la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur de l'infraction ou apportant son concours à celui-ci en vue de ces infractions (...) ». La Chambre criminelle (5) dans un arrêt de rejet avait alors décidé que ces motifs étaient erronés. La décision commentée censure la cour d'appel de Montpellier pour avoir méconnu le sens et la portée de l'article 324-1 C. pén. en décidant la relaxe du prévenu au motif que « l'auteur principal d'une infraction ne peut être poursuivi pour blanchiment des sommes produites par sa propre activité illicite et qu'en l'espèce, il n'est pas établi que les fonds proviennent d'infractions commises par d'autres personnes ».

CHAPITRE 2. LA PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE

Section 1. La contrefaçon

La contrefaçon est une incrimination large, applicable tant en matière de brevet, dessins, modèles, créations littéraires et artistiques, marques de fabrique et de services...

Toutes les formes de contrefaçon supposent une œuvre protégée. Les articles L. 335-2 et L. 112-2 du Code de la propriété intellectuelle donnent une liste non limitative de 14 rubriques, qu'il faut compléter par divers textes épars (par exemple les textes sur les marques de fabrique). De cette liste, il ressort que le mérite ou la destination de l'œuvre protégée est indifférent : une étiquette, un slogan (la vache qui rit...), un catalogue publicitaire, des jeux vidéo... sont protégés par l'action en contrefaçon. Cette incrimination est parfois concurrencée par des incriminations très proches, telle la violation de secret de fabrique (L. 152 du Code du travail), destinée à lutter contre l'espionnage industriel.

Article L. 335-2 du Code de la propriété intellectuelle

« Toute édition d'écrits, de composition musicale, de dessin, de peinture ou de toute autre production, imprimée ou gravée en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs, est une contrefaçon ; et toute contrefaçon est un délit.

La contrefaçon en France d'ouvrages publiés en France ou à l'étranger est punie de deux ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende.

Seront punis des mêmes peines le débit, l'exportation et l'importation des ouvrages contrefaits. »

Article L. 335-3 du Code de la propriété intellectuelle

« Est également un délit de contrefaçon toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi.

Est également un délit de contrefaçon la violation de l'un des droits de l'auteur d'un logiciel définis à l'article L. 122-6. »

Article L. 152-7 du Code du travail

« Le fait, par tout directeur ou salarié d'une entreprise où il est employé, de révéler un secret de fabrique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. »

Article L. 615-12 du Code de la propriété intellectuelle

« Quiconque se prévaut indûment de la qualité de propriétaire d'un brevet ou d'une demande de brevet est puni d'une amende de 7 500 euros. En cas de récidive, l'amende peut être portée au double. Il y a récidive au sens du présent article lorsqu'il a été rendu contre le prévenu dans les cinq années antérieures une condamnation pour le même délit. »

Article L. 615-14 du Code de la propriété intellectuelle

« 1° Seront punis de deux ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende ceux qui auront porté sciemment atteinte aux droits du propriétaire d'un brevet, tels que définis aux articles L. 613-3 à L. 613-6.

2° Les dispositions du 1 ci-dessus entrent en vigueur le 1^{er} janvier 1993. »

Article L. 716-9 du Code de la propriété intellectuelle

« Sera puni de deux ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende quiconque aura :

a. reproduit, imité, utilisé, apposé, supprimé ou modifié une marque, une marque collective ou une marque collective de certification en violation des droits conférés par son enregistrement et des interdictions qui découlent de celui-ci ;

b. importé, sous tous régimes douaniers, ou exporté des marchandises présentées sous une marque contrefaite. »

Section 2. Les systèmes informatiques

Les systèmes informatiques sont des modes numériques de traitement d'informations qui sont donc des biens. Mais ces biens particuliers que sont les informations font l'objet d'une réglementation particulière pour que leur propriétaire n'en fasse pas un usage contraire aux droits des personnes.

En principe, il faut recueillir le consentement de la personne pour utiliser une information qui l'identifie. Les données doivent être exactes, complètes et mises à jour. Sauf dérogations, il est interdit des données qui pourraient être utilisées pour discriminer des personnes (origines raciales ou ethniques, opinions politiques, philosophiques ou religieuses, appartenance syndicale, données relatives à la vie sexuelle ou à la santé). Le fait de collecter des données à caractère personnel par un moyen frauduleux, déloyal ou illicite est puni de 5 ans d'emprisonnement et de 300 000 € d'amende (art. 226.18 du Code pénal).

La finalité des traitements

Un fichier doit avoir un objectif précis et les informations exploitées dans un fichier doivent être cohérentes par rapport à son objectif. Les informations ne peuvent pas être réutilisées de manière incompatible avec la finalité pour laquelle elles ont été collectées. Tout détournement de finalité est passible de 5 ans d'emprisonnement et de 300 000 € d'amende (art. 226.21 du Code pénal).

La durée de conservation des informations

Les données personnelles ont une date de péremption et le responsable d'un fichier doit fixer une durée de conservation raisonnable en fonction de l'objectif du fichier. Le Code pénal sanctionne la conservation des données pour une durée supérieure à celle qui a été déclarée de 5 ans d'emprisonnement et de 300 000 € d'amende (art. 226-20 du Code pénal).

La sécurité des fichiers

Tout responsable de traitement informatique de données personnelles doit adopter des mesures de sécurité physiques (sécurité des locaux) et logiques (sécurité des systèmes d'information) adaptées à la nature des données et aux risques présentés par le traitement. Le non-respect de l'obligation de sécurité est sanctionné de 5 ans d'emprisonnement et de 300 000 € d'amende (art. 226-17 du Code pénal).

La confidentialité des données

Seules les personnes autorisées peuvent accéder aux données personnelles contenues dans un fichier. Il s'agit des destinataires explicitement désignés pour en obtenir régulièrement communication, des « tiers autorisés » ayant qualité pour les recevoir de façon ponctuelle et motivée (*ex.* : la police, le fisc). La communication d'informations à des personnes non autorisées est punie de 5 ans d'emprisonnement et de 300 000 € d'amende. La divulgation d'informations commise par imprudence ou négligence est punie de 3 ans d'emprisonnement et de 100 000 € d'amende (art. 226-22 du Code pénal).

L'information des personnes

Le responsable d'un fichier doit permettre aux personnes concernées par des informations qu'il détient d'exercer pleinement leurs droits. Pour cela, il doit leur communiquer son identité, la finalité de son traitement, le caractère obligatoire ou facultatif des réponses, les destinataires des informations, l'existence de droits, les transmissions envisagées. Le refus ou l'entrave au bon exercice des droits des personnes est puni de 1500 € par infraction constatée et 3 000 € en cas de récidive (art. 131-13 du Code pénal et décret 81-1142).

La déclaration des fichiers

Certains traitements informatiques de données personnelles qui présentent des risques particuliers d'atteinte aux droits et aux libertés doivent, avant leur mise en œuvre, être déclarés ou soumis à la CNIL. Le non-accomplissement des formalités déclaratives est sanctionné de 5 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. 226-16 du Code pénal).

TEST DE COMPRÉHENSION

Cas pratique 1

Sujet

Le dirigeant de la société « Viandard » a obtenu un contrat pour la livraison de carcasses de bovins mâles, à l'OFIVAL, dans le cadre des aides communautaires pour le soutien des cours de la viande de bœuf. Les termes de l'adjudication étaient parfaitement clairs : devaient être livrées des carcasses mâles. Or, cet organisme s'est aperçu que depuis un an, la société a livré une partie de la marchandise non conforme afin de compléter le tonnage requis. Il a en effet livré de la vache de réforme, ancienne vache laitière. L'office a mis quelque temps pour s'apercevoir de cet échange, car, dans le but de tromper l'office cocontractant, le prévenu s'est livré à une mise en scène consistant notamment à faire apposer par des tiers, sur les carcasses, les marques d'identification réservées aux bovins mâles.

Le dirigeant de l'office a subi une perte financière, mais veut surtout poursuivre au pénal la société pour qu'elle soit lourdement sanctionnée. Il vous demande quelle incrimination aurait vocation à s'appliquer, et en conséquence, quelle sanction peut être appliquée.

Éléments de solution

En droit, l'article 313-1 du Code pénal définit l'escroquerie comme le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge.

Ainsi, l'escroquerie nécessite quant à son élément matériel, deux éléments constitutifs : des moyens frauduleux et la remise de la chose.

Premier élément matériel : des moyens frauduleux. Ces actes positifs sont de différentes sortes. Le « faux nom » visé à l'article 313-1 est un mensonge portant sur l'utilisation du nom d'un tiers, le recours à un nom imaginaire... La « fausse qualité » est l'usurpation d'un état (lien de parenté par exemple) ou d'un titre (universitaire...) ou d'une fausse profession, privée ou publique (banquiers...). Le Nouveau Code pénal a assimilé à la « fausse qualité », un « abus de qualité vraie ». Les « manœuvres frauduleuses » sont en vérité innombrables. Le mensonge simple est insuffisant, et doit être complété par des éléments extérieurs, telles l'intervention d'un tiers, la production de pièces ou documents écrits venant corroborer un mensonge, la mise en scène...

Second élément : la remise de la chose convoitée. Cette chose peut être très diverse : un bien, un service, un consentement. Peu importe que cette remise profite au prévenu ou seulement à un tiers. Peu importe qu'elle soit matérielle ou non, car cette remise peut consister en une abstention, le délinquant ayant agi afin que l'on ne lui réclame pas ce qu'il doit réellement. Enfin, bien que l'article 313-1 fasse référence au « préjudice » que cause cette remise de la chose, celui-ci bien que matériel dans l'immense majorité des cas, peut aussi être un préjudice moral.

Élément moral : l'intention coupable est nécessaire.

En l'espèce, les moyens frauduleux employés sont les manœuvres consistant à faire apposer par des tiers, sur les carcasses, les marques d'identification réservées aux bovins mâles. Il y a bien des actes positifs, qui complètent le simple mensonge. La remise de la chose est le paiement des carcasses de bovins, qui constitue aussi le préjudice subi. L'élément moral se déduit des manœuvres frauduleuses.

En conclusion, l'incrimination d'escroquerie peut être retenue, la sanction étant un emprisonnement de cinq ans et une amende de 37 500 euros. De nombreuses peines complémentaires sont prévues, la tentative d'escroquerie est réprimée, la responsabilité morale des sociétés est prévue, ainsi que plusieurs circonstances aggravantes.

Cas pratique 2

Sujet

Le délégué syndical a informé par lettre le P-DG du comportement de son directeur général à l'encontre d'une salariée. Dans cette lettre, il est précisé : « en l'espace de trois ans, celui-ci a d'abord reproché à la salariée, mère célibataire, ses absences pour garde d'enfant, lui demandant de prendre toutes dispositions utiles pour la garde de son enfant en cas de maladie infantile. Puis, à l'occasion de l'hospitalisation de l'enfant de la salariée, et alors même que cette dernière lui avait remis un arrêt de travail dûment visé par un médecin, il a demandé à l'hôpital, par courrier recommandé, un certificat médical. Cette pression a conduit la salariée, de nouveau arrêtée médicalement, à venir travailler en dépit de l'arrêt prescrit, en raison des problèmes soulevés lors des précédents arrêts. L'employeur a ensuite reproché à la salariée, oralement puis par écrit, le port d'un collier cervical au travail en des termes particulièrement menaçants, bien que le port de ce collier résultait d'une prescription médicale et ne peut, comme le prétendait l'employeur, remettre en cause le standing de la société. Puis, l'employeur a notifié deux avertissements successifs à la salariée, l'un pour perte de marchandises lors du déballage d'un colis, dont il s'avère qu'elle n'était pas responsable, et l'autre pour mauvaise manipulation de produits lors d'un nettoyage ayant rendu irrespirable l'atmosphère. Or, il résulte de l'attestation d'un salarié que l'employeur lui-même n'avait pas prévenu du changement de produit de nettoyage de sorte que les deux avertissements notifiés à la salariée n'étaient pas fondés. Enfin, à cela s'ajoutent différents changements successifs d'horaires imposés à la salariée, difficilement compatibles avec la vie d'une mère célibataire. Dans ce contexte, la salariée est victime d'un syndrome dépressif... »

Dans sa lettre, le délégué syndical annonce enfin qu'il va demander au juge l'annulation des avertissements, et que la salariée se réserve le droit d'agir au pénal. Le P-DG vous demande quelles suites de telles actions peuvent provoquer ?

Éléments de correction

En droit, dans le Code pénal d'abord, l'article 222-33-2 définit le harcèlement moral comme « le fait de harceler autrui par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel ». Dans le Code du travail, l'article L. 122-49 définit le harcèlement à l'identique de l'incrimination pénale, mais précise cette définition : « Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir subi, ou refusé de subir les agissements définis à l'alinéa précédent ou pour avoir témoigné de tels agissements. » Cette liste d'agissements qualifiés par le Code du travail de harcèlement moral a pour intérêt de donner un peu de chair à la définition un peu abstraite du harcèlement par le Code pénal. Elle ne doit cependant pas être considérée comme limitative.

Les sanctions en droit du travail

En droit du travail, la principale protection du salarié est la nullité de tous les actes constitutifs d'un harcèlement moral, tel un acte d'avancement, ou tel le licenciement ou de la démission qui serait la conséquence d'un harcèlement. Rappelons que cette nullité en droit civil est un anéantissement de l'acte, suivie d'une remise en l'état, ce qui se traduit en droit du travail par exemple, par un droit à la

reconstitution de la carrière après annulation de l'acte d'avancement ou de « mise au placard », ou un droit de réintégration du salarié après l'annulation de l'acte de rupture du contrat. L'article L. 122-49 du Code du travail précise en effet désormais : « Toute rupture du contrat de travail qui en résulterait, toute disposition ou tout acte contraire est nul de plein droit. »

L'action en annulation est bien évidemment ouverte au salarié victime du harcèlement, mais aussi aux syndicats. L'article L. 122-53 précise, en effet, que les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise peuvent exercer en justice toutes les actions qui naissent de l'article L. 122-46 et de l'article L. 122-49 en faveur d'un salarié de l'entreprise, sous réserve qu'elles justifient d'un accord écrit de l'intéressé. L'intéressé peut toujours intervenir à l'instance engagée par le syndicat et y mettre fin à tout moment.

Un mécanisme de médiation est toutefois prévu pour ne pas en arriver à un contentieux. Toute personne de l'entreprise s'estimant victime de harcèlement moral ou sexuel peut saisir un médiateur choisi en dehors de l'entreprise sur une liste de personnalités désignées en fonction de leur autorité morale et de leur compétence dans la prévention du harcèlement moral ou sexuel. En cas d'échec de la conciliation, le médiateur informe les parties des éventuelles sanctions encourues et des garanties procédurales prévues en faveur de la victime.

Cette procédure présente un grand intérêt pour les deux parties qui ont tout intérêt à éviter un recours au juge. En effet, en cas de litige, le salarié va présenter aux juges des éléments de fait laissant supposer l'existence d'un harcèlement. Or, la loi prévoit en matière de harcèlement un renversement du risque de la preuve, car, au vu de ces éléments, « il incombe à la partie défenderesse (c'est-à-dire l'employeur ou l'un de ses salariés !) de prouver que ses agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ». Cette solution est justifiée par les difficultés que rencontrent les victimes de harcèlement à apporter la preuve de celui-ci, tout spécialement lorsqu'il résulte d'une politique habituelle de l'employeur (dite mobbing).

En l'espèce, le syndicat peut obtenir l'annulation des avertissements. Et cette procédure est de nature à engager le salarié à agir au pénal.

Les personnes responsables

Tout salarié peut être responsable pénalement, qu'il ait agi de sa propre initiative ou qu'il ait été incité à agir par la direction de l'entreprise. Un cadre, supérieur hiérarchique du harceleur, voire le chef d'entreprise, peuvent être condamné à la même peine que celui-ci sur le fondement de la complicité (*par exemple* : complicité par instigation). Le chef d'entreprise peut aussi être sanctionné sur le fondement de la responsabilité du fait d'autrui. En revanche, la société, personne morale n'est pas responsable pénalement, à défaut de mention expresse dans la loi.

En l'espèce, le directeur général est évidemment responsable, mais la question de la complicité du P-DG peut se poser et l'amener en correctionnel...

Les sanctions pénales

L'article 222-33-2 du Code pénal prévoit désormais que « Le fait de harceler autrui... est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ». La peine est donc une peine correctionnelle, relevant de la compétence du tribunal correctionnel.

DEVOIR AUTOCORRIGÉ À NE PAS ENVOYER À LA CORRECTION

Sujet

La société Electro Internat SA a réglé exceptionnellement à la société Prospect, début 2006, deux factures d'un montant total d'un million d'euros hors taxes, pour ses services « d'aides à l'export » en contrepartie de la « réalisation d'études et de 24 voyages de négociation commerciales pour une durée d'un an », qui ont donné lieu à la conclusion d'un contrat de commande pour l'année 2007 d'une valeur de 150 millions de dollars par une grande société américaine de construction d'avions, la société Burning. Afin de convaincre la banque Nta West de lui fournir un prêt pour financer la commande, il a fait établir par son directeur financier des documents comptables minorants de 90 % la provision pour risques d'impayés par rapport aux recommandations du comité d'audit. Bien que la banque n'ait pas accordé de prêt, la présentation des comptes à l'assemblée générale des actionnaires et à un petit déjeuner de Capital FM a permis de faire voter le principe d'une augmentation de capital.

Cependant, la secrétaire du directeur des achats de la société américaine Burning a fait un signalement (*whistleblowing*) auprès de sa direction exécutive : le directeur des achats aurait bénéficié de deux versements de 250 000 dollars chacun en liquide de la société Prospect lors des négociations particulièrement courtes de deux semaines, n'ayant donné lieu qu'à trois rendez-vous, le dernier en présence du P-DG du CA de Electro Internat SA.

Contacté par la direction générale de la société américaine qui envisage de se porter partie civile en France, le président du conseil d'administration vous demande quelles incriminations peuvent être imputées à lui-même.

Proposition de corrigé

Éléments de réponse :

Il faut distinguer quatre incriminations : la corruption, l'abus de biens sociaux, l'escroquerie, le délit de présentation inexacte.

I. Quant à l'incrimination de corruption

La question de droit est celle de l'application de l'incrimination de corruption active d'un dirigeant envers un directeur des achats d'une autre société.

En droit, un article 445-1 (corruption active dans le privé) et un article 445-2 (corruption passive dans le privé) ont été récemment introduits dans le Code pénal incriminant plus largement la corruption dans le secteur privé, désormais plus limité à la seule corruption de salarié : s'expose aux sanctions toute personne « qui, sans être dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, exerce dans le cadre d'une activité professionnelle ou sociale une fonction de direction ou un travail pour une personne physique ou morale, ou un organisme quelconque (...) », propose (corruption active) ou accepte (corruption passive) « des offres, promesses, don des présents ou des avantages quelconques pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de son activité ou fonction, ou facilité par son activité ou sa fonction, en violation de ses obligations légales, contractuelles ou professionnelles ». La sanction des deux cas de corruption est 5 ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende.

En l'espèce, cette nouvelle définition de la corruption a un effet très important. Existait en effet une particularité en droit du travail, le texte incriminant tout « directeur ou salarié ». C'est le critère de subordination dans lequel se trouve le salarié qui était aussi le critère d'application de l'infraction de corruption de salarié. La question s'est posée de savoir si le « directeur » visait le dirigeant de société, et la réponse était négative. Aujourd'hui, le texte est désormais clair : si le directeur est aussi titulaire

d'un contrat de travail et que la corruption est relative aux fonctions de salarié, il pourra être poursuivi. Et si le « directeur » est président du conseil d'administration ou simple administrateur, ou gérant, il peut désormais être aussi poursuivi ! Désormais, la nouvelle rédaction, incriminant la corruption dans le secteur privé, le « directeur » tombe sous l'incrimination de corruption. Or, les éléments constitutifs de la corruption semblent réunis. La participation du P-DG à la dernière réunion permet de lui rattacher personnellement « l'offre », et l'acte rémunéré est bien un acte qui entre dans le cadre de la fonction du directeur des achats de la société américaine.

En conclusion, l'incrimination de corruption active semble constituée.

II. Quant à l'incrimination d'abus de biens sociaux

La question de droit est celle de la qualification d'ABS alors que les biens ont été utilisés pour le compte de la société et non pour un usage personnel.

En droit, le délit d'abus de biens sociaux consiste, pour les dirigeants de société de capitaux, à utiliser les biens, le crédit, mais aussi les pouvoirs, au sens large, d'une société, dans un but contraire à l'intérêt social. (Article L. 242-6 du Code de commerce : « Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 euros le fait pour : (...) 3° le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement. »)

Le délit est constitué si :

A. il y a un acte d'usage de biens (détournement, dissipation, utilisation de salariés de la société à des travaux personnels, du téléphone à des fins privées...);

B. cet usage doit être seulement contraire à l'intérêt social. Cet usage contraire à l'intérêt social peut être défini comme l'usage qui porte atteinte à l'intérêt de la personne morale, entité distincte de ses membres dont l'intérêt ne peut pas être identique.

En l'espèce, la facture payée à la société de conseil a clairement pour finalité de rémunérer un cadre d'une société pour faciliter une commande. L'usage de ces biens sociaux est certes fait dans l'intérêt économique de la société mais, risquant d'entraîner la mise en jeu de la responsabilité de la société, il est contraire à l'intérêt social.

En conclusion, l'infraction est constituée.

III. Quant à l'incrimination d'escroquerie

La question de droit est celle de l'application de l'incrimination d'escroquerie à un dirigeant qui produit de faux documents comptables pour obtenir un crédit.

En droit, l'article 313-1 du Code pénal définit l'escroquerie comme le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge. Ainsi, l'escroquerie nécessite, quant à son élément matériel, deux éléments constitutifs : des moyens frauduleux et la remise de la chose.

Premier élément matériel : des moyens frauduleux. Ces actes positifs sont de différentes sortes. Le « faux nom » visé à l'article 313-1 est un mensonge portant sur l'utilisation du nom d'un tiers, le recours à un nom imaginaire... La « fausse qualité » est l'usurpation d'un état (lien de parenté, par exemple) ou d'un titre (universitaire...) ou d'une fausse profession, privée ou publique (banquier...). Le Nouveau Code pénal a assimilé, à la « fausse qualité », un « abus de qualité vraie ». Les « manœuvres frauduleuses » sont en vérité innombrables. Le mensonge simple est insuffisant, et doit être complété par des éléments extérieurs, telles l'intervention d'un tiers, la production de pièces ou documents écrits venant corroborer un mensonge, la mise en scène...

Second élément : la remise de la chose convoitée. Cette chose peut être très diverse : un bien, un service, un consentement. Peu importe que cette remise profite au prévenu ou seulement à un tiers. Peu importe qu'elle soit matérielle ou non, car cette remise peut consister en une abstention, le délinquant ayant agi afin que l'on ne lui réclame pas ce qu'il doit réellement. Enfin, bien que l'article 313-1 fasse référence au « préjudice » que cause cette remise de la chose, celui-ci bien que matériel dans l'immense majorité des cas, peut aussi être un préjudice moral.

En l'espèce, les moyens frauduleux employés sont les faux documents comptables. Mais la remise de la chose est manquante pour l'escroquerie au crédit, la banque ayant refusé le crédit. Le vote de l'AG des actionnaires peut cependant être considéré comme la chose remise.

En conclusion, l'incrimination d'escroquerie peut être retenue, la sanction étant un emprisonnement de cinq ans et une amende de 37 500 euros. De nombreuses peines complémentaires sont prévues, la tentative d'escroquerie est réprimée, la responsabilité morale des sociétés est prévue, ainsi que plusieurs circonstances aggravantes.

IV. L'incrimination de dissimulation de comptes

La question de droit est celle de la qualification de dissimulation de comptes.

En droit, le délit de dissimulation des comptes prévus par l'article L. 242-6 du Code du commerce :

« Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 euros le fait pour :

1° le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme d'opérer entre les actionnaires la répartition de dividendes fictifs, en l'absence d'inventaire, ou au moyen d'inventaires frauduleux ;

2° le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme de publier ou présenter aux actionnaires, même en l'absence de toute distribution de dividendes, des comptes annuels ne donnant pas, pour chaque exercice, une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice, de la situation financière et du patrimoine, à l'expiration de cette période, en vue de dissimuler la véritable situation de la société. »

L'élément matériel de cette incrimination suppose la réunion de deux faits. D'une part, des comptes annuels inexacts, qui se définissent comme ne donnant pas une image fidèle des résultats des opérations de l'exercice, de la situation financière et du patrimoine, à l'expiration de cette période. D'autre part, la publication ou présentation de ces comptes. L'élément intentionnel existe : l'acte doit avoir été commis dans l'intention de dissimuler la véritable situation de l'entreprise.

La « présentation » signifie la communication des comptes à l'assemblée générale des actionnaires, ou leur mise à disposition au siège social ou l'envoi aux actionnaires avant l'assemblée générale annuelle. Il n'y a donc pas présentation de comptes à un autre moment, ou à d'autres personnes ou dans la seule préparation des documents irréguliers. Mais l'infraction est constituée par la seule présentation à l'assemblée générale, quelle que soit la décision de cette dernière. De même, le délit est constitué même si les actionnaires connaissent la véritable image de la société car les comptes sont destinés à donner une image fidèle des résultats des opérations de l'exercice non seulement aux actionnaires mais aussi aux tiers.

La « publication » désigne tout procédé portant le fait à la connaissance du public, par écrit (presse, BALO, prospectus) ou orale (déclarations publiques). La communication au public est nécessairement collective et non individuelle (publique).

Les deux faits sont indépendants : si, après avoir été présentés, les comptes inexacts font l'objet d'une publication, un nouveau délit est alors commis, qui se prescrit indépendamment du premier.

Les comptes annuels regroupent le bilan, le compte de résultat et une annexe.

L'image fidèle. L'infraction est constituée si les comptes inexacts donnent une image infidèle de la véritable situation de la société, et ceci même s'ils ont pour objet de la faire apparaître moins bonne qu'elle n'est en réalité.

En l'espèce, l'auteur des faits incriminés est bien l'une des personnes visées par l'article L. 242-2 du Code du commerce. Le caractère infidèle des comptes résulte d'une minoration d'une provision pour risque, et contrairement à l'avis du comité d'audit et dans une proportion qui ne laisse aucun doute sur le caractère intentionnelle de l'infraction. Les comptes ont été « présentés » à l'assemblée générale des actionnaires. Les comptes ont été aussi « publiés », lors de l'émission de radio...

En conclusion, l'infraction est constituée.

P1121-F4/4
P6211-F4/4

184x