**Fiche Infractions**

1. **Escroquerie :**

Délinquance astucieuse : ruse tromperie

Finalité remise d’un bien

Article 313-1 CP

**Elements constitutifs** :

Usage d’un faux nom, usurpation du nom d’un tiers ou de l’emprunt d’un nom imaginaire. Les procédés doivent pouvoir tromper une personne raisonnable

D’une fausse qualité : âge, condition sociale civile ou juridique, titre profession

D’un Titre de noblesse, grade militaire, banquiers, conseillers financiers, agents d’assurance courtiers,

De Créancier d’un organisme social

**Abus d’une qualité vraie** : notaire, avocat, agent immobilier faux ordres de mission etc.

**Manœuvres frauduleuses** :

Action positive, mensonge par omission n’est pas une escroquerie ;

Le mensonge à lui seul est inopérant : il faut qu’il soit accompagné de faits extérieurs, de ‘l’intervention d’un tiers, une mise en scène : par ex la présentation de documents comptables inexacts à un cessionnaire

Un mensonge écrit constitue une manœuvre (depuis 2007), par ex de fausses factures afin d’obtenir un remboursement ;

**Intervention d’un tiers ;**

Suppose l’indépendance vis-à-vis de l’escroc. Par ex Cac ou expert-comptable qui certifient en altérant sincérité des comptes fictifs permettent escroquerie à tva ou a obtention ouverture de crédit

**Faux clients** : ex du franchisé qui gonfle son importance aux yeux du franchiseur

**Mises en scène :**

Ex : Sociétés fictives, augmentations de capital fictives, terminal clients cb utilisé par commerçant pour débit différé de ses dépenses, simulation de sinistres dans domaine des assurances ; faux arrêts de travail ou de complaisance

**Documents protéiformes** : remise de faux bilan inexact **et** pièces inexactes ou fictives à l’appui

**Escroquerie au jugement** : production de documents mensongers, présentation d’une décision provisoire comme définitive ;

**Publicité trompeuse** ; souscription de titres dans société fictive ou promesses mensongères de prêts ;

**Résultat escroquerie** :

Les Manœuvres doivent avoir précédé la remise ou du moins la simultanéité est requise. La prescription commence à courir à ce moment.

**Objet de la remise** :

Meubles et immeubles.

**Dématérialisation**, par ex fausses factures pour crédit de TVA fictif

**Fourniture d’un service** : empreint d’une carte de réduction

**Intention coupable :**

Découle de la seule constatation des moyens utilisés. Il y a aura circonstance aggravante de la qualité professionnelle de l’auteur.

**Répression** (5 ans d’emprisonnement et 375 000 euros d’amende

1. **Abus de confiance** :

Il postule que l’auteur détient la chose de manière parfaitement régulière

**Source de la remise** : légale, judiciaire, ou règlementaire

Louage, dépôt, nantissement, prêt à usage, travail salarié ou non salarie

**Dématérialisation :** biens corporels, fonds, valeurs ou biens incorporels, pouvoir compte bancaire, ordinateur professionnel utilisé a fins personnelles,

**Objet de la remise** : les immeubles sont exclus

**Affectation du bien :** remise à titre précaire

**Louages** détournement élément fonds corporel servant à son exploitation

**Dépôt i**mpossibilité restitué équivalent valeur reçue

**Mandats** : détournements entre associés

**Nantissement**: détournement par le créancier gagiste (par titres)

**Prêt à usage** : le préteur perd l’usage de l’objet prêté, le détourne ou le dissipe,

**Remise pour un travail salarié** : exclut la provision non suivie de prestation

**Vente au comptant** : le vendeur commet le délit s’il ne livre pas la chose

**Eléments constitutifs**

**Dissipation de la chose remise** : détournement des fins,

**Retard dans la restitution** : sauf lorsque retards sont systématiques

**Usage abusif du bien remis** : par ex. agent immobilier qui retient indument fonds acompte sur un prix de vente

**Usage abusif** :

Montant d’une souscription alloué au renflouement de la trésorerie de l’entreprise.

**Element intentionnel**

Intention se caractérise par la conscience du caractère précaire de la détention et la volonté de se comporter en véritable propriétaire

1. **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* ».

La jurisprudence a joué un rôle très important en donnant à l’incrimination une extension considérable. C’est cette conception de l’infraction qui est intégré au Code pénal de 1992.

1. **Eléments constitutifs :**
2. **La commission d’une infraction préalable : « *une chose* » provenant d’un crime ou d’un délit ou qui en est le produit**.

* La chose est nécessairement mobilière, peu importe sa valeur : par exemple, les pièces provenant d’un dossier d’instruction.
* La chose est nécessairement matérielle : impossible pour une « *information* » d’être recelée (arrêt de principe : Cass. Crim., 3 avril 1995), sauf si cette information se matérialise, y compris dans la photocopie d’un document frauduleusement soustrait.
* Il y a recel lorsque le détenteur de la chose, issue d’un crime ou d’un délit, s’en sépare en acquérant d’autres biens grâce à la négociation de la chose obtenue à l’origine frauduleusement. C’est la subrogation réelle.

**Origine de la chose : une infraction (crime ou délit).**

* La nature de l’infraction est indifférente (vol, escroquerie, abus de confiance, faux en écriture, violation du secret fiscal, etc.).
* Il suffit que l’infraction principale soit punissable pour que le recel du bien ou du produit de cette même infraction le devienne : ainsi, pas de recel si l’infraction principale est amnistiée (Cass. Crim., 2 février 1925).
* Il importe peu que l’auteur de l’infraction originaire soit inconnu, en fuite ou décédé ou que l’infraction originaire soit couverte par la prescription ou que le prévenu n’ait pu être encore condamné.

**Recel par dissimulation, détention ou transmission.**

* La jurisprudence voit dans **la réception de la chose** l’acte matériel du recel : par exemple, le débitant de boissons qui reçoit sciemment en paiement de consommations des sommes volées est receleur.
* La détention, qui prolonge en pratique la réception, constitue la nature même de l’acte de recel. Peu importe que le receleur n’en ait pas tiré de profit personnel.
* **La détention personnelle de la chose n’est pas indispensable** : le texte de loi vise non seulement la transmission mais aussi le fait d’avoir fait office **d’intermédiaire**, ce qui signifie que la fonction d’intermédiaire n’implique pas de détenir la chose.

**Recel par profit retiré.**

* Tous ceux qui, en connaissance de cause, ont par un moyen quelconque bénéficié du produit d’un crime ou délit (arrêt de principe : Cass. Crim., 14 octobre 1969).

On peut parler de « *dématérialisation de l’acte de recel*» (Agathe Lepage).

* C’est ce qu’on appelle le recel d’usage : Exemples :
  + - un individu qui se fait transporter dans un véhicule volé ;
    - un individu dont la voiture fonctionne avec du carburant obtenu par filouterie ;
    - l’époux qui a bénéficié du train de vie de son épouse qui, de toute évidence, n’était pas justifié par des gains professionnels (Cass. 9 mai 1974);
    - le fait de consommer une boisson en connaissant son origine frauduleuse ;

1. **Elément intentionnel.**

* Connaissance de l’origine frauduleuse des objets ou du produit recelés : en d’autres termes, l’agent doit savoir que la chose provenait d’un crime ou d’un délit ou il a bénéficié en connaissance de cause du produit de ces infractions.
* Peu importe que le receleur ait ignoré les circonstances précises de l’infraction ou sa nature véritable.
* A l’égard des professionnels, on constate une grande sévérité des juges qui considèrent que compte tenu de leur compétence et de leurs qualités professionnelles, ils ne pouvaient ignorer l’origine frauduleuse des choses acceptées ou détenues : c’est le cas du garagiste pour les voitures voilées ou des hommes d’affaires pour des fonds dont la provenance est frauduleuse.
* Indifférence du mobile (altruisme) ou du repentir de l’agent.

1. **Répression :**

* Impossibilité de poursuivre conjointement une personne au titre de l’infraction principale (vol, abus de confiance) et à celui du recel. En revanche, le complice de l’infraction principale peut être également jugé comme receleur.
* Point de départ du délai de prescription de l’action publique : au jour où le recel prend fin, quand bien même à cette date l’infraction principale serait prescrite (Cass. Crim., 16 juillet 1964).

En cas de recels successifs d’un même bien par plusieurs receleurs, le point de départ du délai de prescription est reporté au jour où le dernier receleur s’en est dessaisi.

1. **Le blanchiment**

Envahissement de l’économie mondiale par argent d’origine illicite ou du moins douteuse.

Selon étude du FMI 2% du PIB mondial ;

Il s’agit comme le recel d’une infraction postérieure à l’infraction principale ; Elle en est l’effet.

Historique : la France a légiféré le 13 mai 1996 avec l’article 222-38 du code pénal sur le blanchiment des produits des infractions aux stupéfiants afin de se mettre e conformité avec ses engagements internationaux. (Convention du conseil de l’Europe relative au blanchiment au dépistage a la saisie confiscation des produits du crime le 8 nov. 1990 signée par la France le 5 juillet 1991.

L’infraction a été généralisée avec l’article 324-1 du CP aux produits de tous les crimes et délits, même si l’article 222-38 a été conservé pour des raisons de procédure (visites saisies perquisitions de nuit)

Politique criminelle

Prévention par la soumission a des obligations de certains organismes financiers et professionnels mentionnés au Code monétaire et financier.

Esprit des textes : contrer le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme, permettre le gel des avoirs, organiser la lutte contre les loteries et jeux prohibés.

Soumission de déclaration d’opérations suspectes, c’est-à-dire provenant d’une infraction a une service spécialisé dans la lutte contre le blanchiment ( TRACFIN Traitement du renseignement et de l’action contre les circuits clandestins , qui est rattaché au Ministère des finances) hormis la fraude fiscale dont seul un critère défini par décret justifie la déclaration.

*Quels critères  de déclaration pour les opérations suspectes ?*

Produit provenant d’une infraction de terrorisme, ou d’une infraction supérieure à un an d’emprisonnement, ou particulièrement complexe, ou d’un montant inhabituellement élevé, sans justification économique ou d’un objet illicite.

Provenance d’une personnalité douteuse (donneur d’ordre, bénéficiaire effectif, constituant d’un fonds fiduciaire, ou gestionnaire de patrimoine)

Meconnaitre l’obligationde declaration est une infraction pénale (amende de 22 500€)

L’article 561-2 du code monetaire et financier étend l’obligationde declaration a toutes personens conseillantou controlant des perations entrainant des mouvments de capitaux. La listes est longue.

***Particularisme des professions juridiques réglementées tenues au secret professionnel***

(avocats, huissiers mandataires et administrateurs judiciaires, notaires, avoués avocats au conseil)

*Secret professionnel protégé* : circulaire de la 14/1/2010 attribution d’un regime derogatoire aux avocats en raison de leur place dans le procès pénal et du jeu combine de l’article 6 de la CEDH rappelé par arrêt de le CJCE du 26/ 2007 en application de la directrice communautaire sur la lutte contre le blanchiment de capitaux, décision confirmée par le Conseil d’Etat le 10/4/2008.

Condition : existence d’une procédure juridictionnelle. Cette condition vaut pour toutes les autres professions juridiques.

Sanctions : Elles sont disciplinaires et administratives. Elles peuvent être judiciaires si la complicité de blanchiment est établie.

**Eléments constitutifs de l’infraction de blanchiment :**

Il faut un délit principal. Le blanchiment se produit dans la foulée de l’infraction première et peut être poursuivi indépendamment d’elle soit un cumul d’infraction. La solution est ici différente du recel.

*Elément matériel de l’infraction* :

Formes du blanchiment : mensonge sur l’origine des fonds et production de moyens justificatifs fabriqués ou simple concours à une opération de blanchiment.

*Exemples de moyens* : bulletin de salaire sur emploi fictif, fausses factures, fausse reconnaissance de dettes, assurance vie souscrit par remise de fonds douteux, jeux d’écritures bancaires sur des comptes fictifs.

*Il faut un acte positif d’assistance ou d’aide*. L’omission est-elle un acte ? Elle peut aboutir à un effet similaire au bénéfice de l’auteur de l’infraction principale. La bonne foi départagera l’intention délictueuse de la simple négligence.

**Concours apporté à une opération frauduleuse sur le produit de blanchiment**

Le blanchisseur va recycler le produit du crime par exemple en facilitant l’investissement dans les commerces de gros ou par des établissements financiers. On va recourir à des montages juridiques. (Par exemple sociétés prête noms, sociétés écran, paradis fiscaux, systèmes bancaires complaisants, Etats voyous)

Un acte de vente rédigé par un notaire pour un appartement dont il connait l’origine frauduleuse des fonds de l’acquéreur.

Le fait pour l’auteur principal de l’infraction de réaliser par lui-même cette opération ne l’exonère pas de la responsabilité de blanchiment laquelle concourt et se confond avec l’infraction originaire.

**L’intention est majeure et indispensable .**

Le blanchisseur doit connaitre l’origine des fonds, la justification mensongère des revenus même s’il n’a pas à connaitre dans le détail la nature de l’infraction.

Dans le cas du concours le blanchisseur doit savoir à quoi et à qui il prête son concours de maquillage du produit de l’infraction. Le doute suffit à caractériser l’intention. Et les professionnels censés être avertis ne peuvent pas se dissimuler derrière une imprudence non retenu à leur décharge.

Peine : elle est de 5 ans au maximum et une amende de 375000€d’amende. Le blanchiment est réprime et aggravé selon la nature de l’infraction originaire, délit ou crime dont elle empreinte la nature.

1. **Corruption**

La corruption, un moyen ou un ensemble de moyens en vue d’obtenir ou de se faire attribuer un avantage quelconque à soi-même ou à autrui. Elle est visée par les articles 432-11,433-1, ou plus spécialement 433-1 et 433-2, 434-9, 435-1 à 435-4, 435-7 à 435-9,441-8 du CP.

**Deux formes de corruption**: la corruption active et la corruption passive.

**La corruption active**.

Définition du professeur Vitu : il s’agit « *des agissements par lesquels un tiers obtient ou essaie d’obtenir, moyennant des dons ou des promesses, d’une personne exerçant une fonction officielle qu’elle accomplisse ou retarde ou s’abstienne d’accomplir ou de retarder un acte de sa fonction ou un acte facilité par elle. »* (JCL Pénal Fasc. 10 n°3)

**La corruption passive**

Il s’agit de la sollicitation de dons promesses ou avantages quelconques de s’abstenir ou d’accomplir des actes relevant de sa fonction ou de sa mission. Dans ce cas c’est p personnes investies d’un pouvoir qui négocie les conditions à son avantage ou au bénéfice d’autrui de l’exercice de ce pouvoir**.**

**Nota bene :** les termes actif et passif déterminent le côté ou la corruption est envisagée, comme l’indique le professeur Agathe Lepage, ils ne décrivent en rien l’activité matérielle de l’agent. Dans les deux ca s de corruption décrits par le code il ay bien participation consciente que l’on soit passif ou actif, corrompu ou corrupteur. Les termes passif et actif renvoient à la qualité de celui qui a pris l’initiative de la corruption. Un corrompu assis peut avoir pris l’initiative de sa propre corruption.

1. **La corruption active et ses éléments constitutifs**

Il s’agit là du corrupteur. Il sera une personne dépositaire de l’autorité publique.

Les actes de corruption seront une remise de bien ou des opérations diverses largement décrites par la jurisprudence : remise d’argent, de chèque d’objet de valeur, octroi préférentiel d’un prêt, paiement d’une dette, fourniture de marchandises, exécution de travaux hors marché sur la propriété privée du décideur public.

Il n’y a plus d’exigence d’une antériorité des propositions illicites, ce que l’on dénommait pacte de corruption. Elles peuvent survenir à tout moment. Il faut tempérer cette extension du champ légal de l’incrimination car un fait de corruption se prépare et bien souvent ce sont les actes antérieurs à l’avantage obtenu qui feront la preuve de la corruption.

Le pacte eut il est vrai prévoir que les actes illicites aient précédé l’offre de dons, promesses ou avantages. Mais c’est un cas de figure plus rare qui suppose une rare confiance du corrupteur vis-à-vis du corrompu potentiel.

On est corrupteur même lorsque l’on échoue à corrompre.

L’infraction est formelle, elle n’exige pas sa réussite pour être accomplie. La professeur Lepage cite un étudiant ayant proposé un chèque de 10 000€ à un examinateur qui a refusé. (Chèque sans provision, gougeaterie dit-elle…) ;

Le pacte corrupteur marque le début du délai de prescription (de trois ans) mais il se renouvelle à chaque nouvel acte d’exécution et prolonge le délai sans compter le recel et la date auquel l’infraction est découverte.

Les finalités sont identiques : extinction des poursuites, attribution de marchés publics. A notre qu’un mandataire judiciaire peut se voir appliquer la qualité de personne chargée d’une mission de service public.

Répression : 10 ans d’emprisonnement et 150 000€ d’amende. Des peines complémentaires sont souvent prononcées avec un régime d’interdiction de droits civiques et politiques, d’interdiction d’exercer une profession commerciale ou industrielle.

Le délit de corruption dans la vie des affaires

Cette loi (a. 445-1 à 445-4 du CP) est la résultante de la transcription d’une décision cadre de lutte contre la corruption dans le secteur privé du Conseil de l’U.E. le mécanisme est le même sauf que la personne doit avoir un pouvoir de direction ou de choix dans une entreprise et une activité professionnelle ou sociale (par ex offrir un avantage de nature privée à un directeur des achats d’une entreprise)

1. **La corruption passive et ses éléments constitutifs**

Elle est dangereuse car elle corrompt l’Etat et vicie la vie des affaires par l’octroi de facilités ou de privilèges à des particuliers, ruinant la transparence des activités économiques, la sincérité des marchés et affectant la libre concurrence.

A la différence la concussion consiste pour un agent public à se faire remettre plus qu’il ne doit : Un notaire excédant ses honoraires dans un contrat de vente.

Peuvent commettre ces infractions à raison de leur qualité les personnes dépositaires de l’ordre public citoyens détenteurs d’un mandat de service public, électif ou non.

Eléments effectifs :

Les avantages quelconques peuvent être extrapatrimoniaux. La promesse de relations sexuelles a été considérée comme un élément recevable. Là encore la simultanéité suffit et des actes antérieurs ne sont pas exigés. Cependant la loi dit bien que les approches délictueuses le sont en vue de commettre un acte délictueux « s’abstenir ou ne pas accomplir » ce qui suppose une chronologie.

Répression : 10 ans d’emprisonnement et 150 000€ d’amende. Les peines complémentaires sont identiques à celles de la corruption active.

Spécificité du délit : il n’y a pas de tentative. Tout commencement d’exécution équivaut à la commission de l’infraction qui est formelle.

Répression du délit : Elle ne commence qu’à compter du dernier acte frauduleux c’est-à-dire de la remise du dernier avantage ou des derniers agissements.

Les parties civiles potentielles sont nombreuses aux côté de l’Etat, i.e le ministère public, premier touché en vertu de l’intérêt général atteint, ainsi : le particulier objet d’une sollicitation, par un contribuable, des entreprises, offices Hlm fédération sportives, cibles de sollicitations ou enfin association à objet spécial reconnu et aptes à se constituer.

1. **Code pénal**

*La corruption active commise par des particuliers à l’égard de personnes exerçant une fonction publique.*

**Article 433-1**

Est puni de dix ans d'emprisonnement et d'une amende de 1 000 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait, par quiconque, de proposer sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques à une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public, pour elle-même ou pour autrui:

1° Soit pour qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir, ou parce qu'elle a accompli ou s'est abstenue 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 qu'elle abuse, ou parce qu'elle a abusé, 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 elle-même ou pour autrui, pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenue d'accomplir un acte mentionné au 1° ou pour abuser ou avoir abusé de son influence dans les conditions mentionnées au 2°.

\* \* \*

*La corruption passive commise par les agents publics*

**Article 432-11**

Est puni de dix ans d'emprisonnement et d'une amende de 1 000 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, 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 pour elle-même ou pour autrui :

1° Soit pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenue 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 ou avoir abusé 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.

\* \* \*

*La corruption active des personnes n’exerçant pas une fonction publique*

**Article 445-1**

Est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait, par quiconque, de proposer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, à une personne qui, sans être dépositaire de l'autorité publique, ni chargée d'une mission de service public, ni investie d'un mandat électif 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 pour un organisme quelconque, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, pour qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir, ou parce qu'elle a accompli ou s'est abstenue d'accomplir un acte de son activité ou de sa fonction ou facilité par son activité ou sa fonction, en violation de ses obligations légales, contractuelles ou professionnelles.

Est puni des mêmes peines le fait, par quiconque, de céder à une personne visée au premier alinéa qui sollicite, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenue d'accomplir un acte visé audit alinéa, en violation de ses obligations légales, contractuelles ou professionnelles.

\* \* \*

*La corruption passive des personnes n’exerçant pas une fonction publique*

**Article 445-2**

Est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait, par une personne qui, sans être dépositaire de l'autorité publique, ni chargée d'une mission de service public, ni investie d'un mandat électif 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 pour un organisme quelconque, 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, pour elle-même ou pour autrui, pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenue d'accomplir un acte de son activité ou de sa fonction ou facilité par son activité ou sa fonction, en violation de ses obligations légales, contractuelles ou professionnelles.

1. **Le favoritisme**

Faits prévus et réprimés par l’article 432-14 du code pénal.

Cette loi a été conçue en 1991 afin de remédier à l’insuffisance du contrôle administratif sur les procédures de passation et d’exécution des marchés.

Une modification lui a été apportée en 1993. Celle-ci s’est avérée tellement complexe qu’une nouvelle et complète rédaction s’est imposée ;

**Eléments constitutifs de l’infraction**

**Quelles personnes ?**

Seules les personnes limitativement énumérées par le texte peuvent commettre l’infraction.

La liste est longue et ne comprend pas que des dépositaires d l’autorité publique ou de mandats publics ou électifs, mais aussi des administrateurs de l’Etat, collectivités territoriales, établissement publics des SEM chargées d’une mission d’intérêt général.

Toute personne intervenant dans la procédure d’attribution d’un marché est concernée.

**Quels éléments matériels ?**

Deux éléments doivent impérativement être réunis : un avantage injustifié doit avoir été procuré à autrui qui soit contraire à des dispositions législatives ou réglementaires assurant la liberté d’accès aux marchés et l’égalité des candidats.

* Avantage injustifié à autrui :

Informations privilégiées

Non-respect de la procédure en faveur d’un candidat

Absence pure et simple de MAO.

Bénéfice à l’attributaire ou à un tiers lié à lui (partis politiques, rémunérations sur obtention frauduleuse de marché)

* Irrespect d’une loi ou d’un règlement figurant pour l’essentiel dans le Code des marchés publics.

Les procédures d’appel sur marché sont fixées à 150 000 € pour l’Etat et 230 000 € pour les collectivités territoriales.

Sinon marché de gré à gré.

La loi a été étendue aux délégations, publiques ou privées, de service public afin de faire pièce aux tentations d’éviter les procédures encadrées d’attribution des marchés.

**Elément moral**

Le délit de favoritisme ou d’avantage injustifié est un délit intentionnel. Le délit s’accomplit en connaissance de cause, celle-ci s’établissant par l’expérience dans la fonction de l’auteur, ou des mises en garde préalables non suivie d’effet.

Ni l’incompétence ni l’erreur de droit ne sont utilement invoquées pour échapper à sa responsabilité. La loi et censée être connue et appliquée. La loi sanctionne un défaut de prudence comme un acte positif.

**Répression**

2 ans d’emprisonnement et 30 000 € d’amende.

**Prescription**

Délit complexe et dissimulé il se prescrit à la date de sa découverte et non à celle de sa commission.

**Tentative**

Elle est aux termes de la lettre du texte lui-même punie comme l’infraction accomplie.

**Parties au procès pénal**

Les attributaires irréguliers pourront être poursuivis comme Co auteurs, complices ou receleurs

Les candidats évincés seront admis à se constituer parties civiles et à estimer leur dommage au titre de la perte de chance.

1. **La prise illégale d’intérêts**

L’infraction est prévue par l’article 412-12 du CP.

**Quelles personnes ?**

La liste est plus large que précédemment car il n’est pas nécessaire que la personne détienne un pouvoir de décision au nom de la puissance publique.

Par ex : un architecte investi d’une mission de maitrise d’œuvre, le président d’une chambre de commerce ou d’industrie ; aux administrateurs ou mandataires, à un président du conseil régional de la chambre des notaires.

Le détenteur d’un mandat électif

**Quels éléments matériels ?**

La notion de surveillance permet une appréciation étendue de la répression. La loi sanctionne ici un défaut de vigilance.

L’avantage peut être matériel ou moral.

L’infraction est instantanée.

**Elément moral**

Intention

Elle résulte de la participation à une décision, y compris prise par d’autres, que l’on devait surveiller, sans même avoir voulu en retirer un quelconque profit.

Exonérations de responsabilités

Elles ne concernent que les petites communes comptant au maximum 3500 habitants. Les fournitures de service et de transfert de biens mobiliers et immobiliers dans la limite de 16 000€ x an

Le maire ou l’adjoint, gérant ou associé d’une de ces entreprises, peut être autorisé par délibération spéciale ou motivée, sans participation aux délibérations.

**Répression**

5 ans d’emprisonnement et 75000 € d’amende.

Application possibles des peines complémentaires de l’article 432-17 du CP relatives à l’exercice des droits civils, civiques, une activité commerciale et industrielle etc.

**Prescription**

Elle court à compter du dernier acte survenu, l’infraction étant instantanée. Elle peut être continue en cas de répétition d’actes.

**Parties au procès**

Seul peut agir le maire habilité par son conseil, l’infraction étant d’intérêt général.

1. **Dol civil et infractions pénales : réflexions et critères de choix**

**I - Définitions**

**1.1 Sur le dol civil**

Après l'erreur et la violence, le dol est le troisième vice du consentement prévu par le code civil. L'article 1116 dispose en effet que « *le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Il ne se présume pas et doit être prouvé* ».

Le dol civil se caractérise par **des manœuvres illicites volontairement exécutées** et qui ont eu pour **conséquence directe de vicier le consentement du cocontractant**.

En somme, « *le dol se traduit par des manœuvres, des mensonges, afin de tromper, voire de contraindre celui qui en est la victime*» (Patrick CHAUVEL, Dalloz, répertoire de droit civil).

* **Des manœuvres** : le dol se caractérise par des agissements destinés à induire le cocontractant en erreur. Les manœuvres génératrices de l'erreur sont diverses et peuvent être plus ou moins graves, allant de la **mise en scène** ou du déploiement d’une **véritable stratégie**, notamment le cas lorsque les agissements comportent **l'intervention d'un tiers**, destinée à leur conférer force et crédit (par exemple : la femme mariée se faisant accompagner chez le notaire par un individu qui avait pour mission de donner une fausse autorisation maritale (Grenoble, 21 mai 1912, S. 1913. 2. 252), - le vendeur d'un manuscrit de Saint-Simon, qu'il disait inédit, qui avait fait intervenir un « libraire-éditeur », prétendant être prêt à publier l'œuvre (Paris, 17 mars 1900, ss Req. 31 déc. 1901, DP 1903. 1. 302)) à l’emploi de **mensonges** et **d’artifices divers** (utilisation de faux), la **création d'une situation apparente de nature à inspirer confiance** voire **l’abstention constitutive d’une violation d'une obligation précontractuelle de renseignement ou d'information ou de la simple bonne foi**.
* **Une atteinte volontaire et illicite** : en tout état de cause, les manœuvres ou abstentions mises en œuvre doivent traduire une action volontaire et illicite, exprimer une volonté tendue vers un but illégitime.

La volonté de l'auteur des artifices coupables s'induit de son comportement, qu'il serait audacieux d'interpréter autrement. Le dol n'est illicite que s'il est volontaire, mais le juge présumera l'intention à travers l'illicéité du moyen et du résultat, dès lors qu'il existe entre eux une relation de causalité suffisante.

**L'existence de l'intention de tromper est indispensable à la qualification**. En l'absence d'intention, la solution est certaine : la bonne foi d'une partie est exclusive du dol que l'on chercherait à lui imputer. Le dol ne résulte donc pas du seul manquement à une obligation précontractuelle d'information

* **Résultat** : le dol doit avoir eu pour effet de provoquer une erreur déterminante dans l'esprit de la victime, une erreur telle qu'elle n'eût pas contracté sans cela. En d’autres termes, les pressions exercées doivent avoir été déterminantes de la volonté de contracter de la victime.

Enfin, le dol ne se présume pas et doit être prouvé, par principe par celui qui s’en prétend victime.

**1.2 Sur des proximités du dol civil avec la matière pénale**

M. le professeur Bruno Petit considère que « *les éléments du dol sont ceux d'un délit civil qui, dans bien des cas, se double d'une infraction pénale* […] *Aussi est-il usuel d'étudier le dol* ***à la manière d'un délit pénal****, en distinguant un****élément matériel****et un****élément moral*** » - JurisClasseur Civil Code > Art. 1116

Cet **élément matériel** réside dans les manœuvres, mensonges et réticences dolosives exposés ci-dessus, **l’élément moral** dans l’existence d’une faute intentionnelle : il faut que l'auteur des manœuvres, mensonges ou réticences ait agi intentionnellement pour tromper le contractant.

Autre constat permettant d’attester de la proximité du dol civil avec la matière pénale, la **preuve du dol civil** peut résulter de la décision de nature pénale ayant condamné son auteur :

- pour escroquerie (Paris, 18 juin 1982, Juris-Data, no 022550) ;

- pour abus de faiblesse (Civ. 3e, 26 oct. 2005, no 04-14.976, CCC 2006. Comm. 21, obs. Leveneur).

Toutefois, il convient de préciser que si toute manœuvre constitutive d'escroquerie peut être tenue pour dolosive dès lors qu'elle a déterminé le consentement de la dupe, l'inverse en revanche n'est pas vrai : les manœuvres dolosives du droit civil sont plus largement entendues que les manœuvres frauduleuses du droit pénal.

Ainsi, une **décision de relaxe n'exclut pas l'existence d'un dol civil** (Com. 18 juin 1960, Bull. civ. III, no 224. - Com. 25 mai 1966, Bull. civ. III, no 276) : malgré la relaxe du chef d'escroquerie, la condamnation pour « présentation de comptes infidèles » peut constituer, indépendamment des manœuvres frauduleuses de l'escroquerie, un dol au sens de l'article 1116 du code civil (Com. 26 mai 2009, no 08-15.980).

Dans cette espèce, les juges d'appel, pour rejeter la demande du cessionnaire fondée sur l'article 1116 du code civil, avaient considéré que le juge pénal avait définitivement condamné le cédant du chef de présentation de comptes infidèles, mais l'avait relaxé du chef d'escroquerie, aucune manœuvre frauduleuse n'ayant été établie à son encontre lors de la présentation de ces comptes au cessionnaire, de sorte que l'autorité de chose jugée attachée à cette décision définitive s'opposait à ce que les mêmes faits puissent être invoqués par ce dernier au titre du dol civil. La chambre commerciale a cassé l'arrêt au motif que « la présentation de comptes infidèles peut constituer, indépendamment des manœuvres frauduleuses constitutives de l'escroquerie, un dol au sens de l'article 1116 du code civil» (Com. 26 mai 2009, RTD com. 2009. 746, obs. préc. ; Bull. Joly Sociétés 2009. 962, note T. Massart).

**II – Cas concrets dans lesquels le dol civil se trouve « pénalisé »**

Il existe un certain nombre d’infractions pénales dont les éléments constitutifs sont assimilables à ceux du dol en matière civile, renforçant ainsi l’idée selon laquelle le dol civil présente une nature délictuelle.

De fait, ainsi que l’observe M. le professeur Bruno Petit, le « *délit civil* » du dol se trouve souvent doublé d’un délit pénal, le plus souvent une escroquerie ([C. pén., art. 313-1](https://www.lexisnexis.com/fr/droit/search/runRemoteLink.do?A=0.9693266867691579&bct=A&service=citation&risb=21_T20648707907&langcountry=FR&linkInfo=F%23FR%23fr_code%23title%25Code+p%C3%A9nal%25article%25313-1%25art%25313-1%25" \t "_parent)), une publicité de nature à induire en erreur ([C. consom., art. L. 121-1](https://www.lexisnexis.com/fr/droit/search/runRemoteLink.do?A=0.5322019258335924&bct=A&service=citation&risb=21_T20648707907&langcountry=FR&linkInfo=F%23FR%23fr_code%23title%25Code+de+la+consommation%25article%25L.+121-1%25art%25L.+121-1%25" \t "_parent)), des fraudes ou falsifications dans les ventes et prestations de services ([C. consom., art. L. 213-1 à L. 213-4](https://www.lexisnexis.com/fr/droit/search/runRemoteLink.do?A=0.046710514107661805&bct=A&service=citation&risb=21_T20648707907&langcountry=FR&linkInfo=F%23FR%23fr_code%23title%25Code+de+la+consommation%25article%25L.+213-1%25art%25L.+213-1%25" \t "_parent)) ou un abus de faiblesse ([C. consom., art. L. 122-8 à L. 122-11](https://www.lexisnexis.com/fr/droit/search/runRemoteLink.do?A=0.8051282255162867&bct=A&service=citation&risb=21_T20648707907&langcountry=FR&linkInfo=F%23FR%23fr_code%23title%25Code+de+la+consommation%25article%25L.+122-8%25art%25L.+122-8%25" \t "_parent)).

**2.1 L’escroquerie**

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.*»

En substance, l’escroquerie se caractérise par l’emploi de manœuvres en vue de tromper la victime afin qu’elle consente à accomplir un acte auquel elle n’aurait, sans cela, pas consenti.

La similitude avec le dol civil est évidente, et l’[article 1116 du Code civil](https://www.lexisnexis.com/fr/droit/search/runRemoteLink.do?A=0.6183217773631231&bct=A&service=citation&risb=21_T20648707907&langcountry=FR&linkInfo=F%23FR%23fr_code%23title%25Code+civil%25article%251116%25art%251116%25" \t "_parent) vise d’ailleurs les "*manœuvres*" pratiquées par l'une des parties au contrat, terme que l’on retrouve *expressis verbis* à l'[article 313-1 du Code pénal](https://www.lexisnexis.com/fr/droit/search/runRemoteLink.do?A=0.2833901444057588&bct=A&service=citation&risb=21_T20648707907&langcountry=FR&linkInfo=F%23FR%23fr_code%23title%25Code+p%C3%A9nal%25article%25313-1%25art%25313-1%25" \t "_parent).

Cependant, le délit d’escroquerie est plus restrictif que le dol civil.

Ainsi, pour que l’escroquerie puisse être retenue, les manœuvres frauduleuses de l'article 313-1 du code pénal supposent que l'escroc ait eu une attitude active. Les divers moyens frauduleux visés par la loi sont des actes positifs, et il ne saurait par conséquent y avoir d'escroquerie lorsque l'agent s'est contenté de garder le silence sur un fait qui, s'il avait été connu de la victime, l'aurait déterminée à ne point lui remettre la chose (Crim. 2 oct. 1978, D. 1979. IR 116). En revanche, le dol civil admet le tromperie par abstention : la réticence dolosive.

Dans le même sens, le simple mensonge émanant de l'escroc ne constitue pas une manœuvre frauduleuse : celle-ci n'est caractérisée que si le mensonge est corroboré et appuyé par des éléments externes (24 sept. 1998, Bull. crim., n° 236 ; D. 1999. IR 13 ; RSC 1999. 586, obs. R. Ottenhof ; RTD com. 1999. 520, obs. B. Bouloc). Or le dol par mensonge a finalement été admis par la jurisprudence civile même en l'absence de manœuvres destinées à lui donner crédit (par exemple, *Cass. soc., 17 oct. 1995* à propos du mensonge du salarié sur sa formation et ses diplômes).

**2.2 La présentation ou la publication de bilans inexacts**

Dans une logique comparable à celle de l’escroquerie, le droit pénal réprime la présentation ou la publication de bilans inexacts (articles L 241-3 et L 242-6 du Code de commerce).

Il s’agit de sanctionner les agissements délibérés tendant à ne pas donner, pour chaque exercice, une image fidèle du résultat des opérations de l’exercice, de la situation financière et du patrimoine de la société à l’expiration de cette période.

L’on retrouve sous cette infraction, et à l’instar du dol civil, la volonté de réprimer les manœuvres destinées à tromper autrui et à l’induire en erreur, en l’espèce quant à l’état réel de la situation comptable et financière d’une société.

Lorsque cette infraction est commise à l’occasion d’une cession de droits sociaux**,** la modification, par le cédant, de documents comptables, sur la base desquels le prix de cession a été souscrit, peut être constitutive du délit de présentation ou de publication de bilan inexact passible de la justice pénale.

Elle se double également d’un dol civil, et la victime peut se réserver la possibilité d’agir en nullité de la cession sur le fondement de l’article 1116 du Code civil.

**2.3 La protection pénale du consentement du consommateur**

Le consentement est un élément fondamental du contrat. Si le code civil protège le caractère libre et éclairé de celui-ci, à travers les vices du consentement, cette protection civile a été jugée insuffisante par le législateur qui a estimé nécessaire de pénaliser certains comportements déloyaux et de renforcer, par le biais de sanctions lourdes, la protection pénale du consentement du consommateur.

Pour que le consommateur soit éclairé, il doit être correctement informé. À cette fin, le législateur est venu réglementer tous les modes d'information, et surtout la première d'entre elle : la publicité. La pratique du commerce doit être loyale, et s'il est possible de chercher à séduire le consommateur, en présentant les produits ou services vendus sous le meilleur jour, la publicité ne doit pas pour autant induire le consommateur en erreur.

Ainsi, l’article L 120-1 du Code de la consommation prévoit que « *les pratiques commerciales déloyales* », c’est-à-dire celles qui sont « *contraires aux exigences de la diligence professionnelle et qui altèrent, ou sont susceptibles d'altérer de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service* » sont interdites.

**Incrimination des tromperies dans les ventes et prestations de services :**

Le code de la consommation incrimine également certains agissements constitutifs d’un dol civil, et notamment, le fait pour « *quiconque, qu'il soit ou non partie au contrat* » de tromper ou tenter de tromper le contractant, « *par quelque moyen ou procédé que ce soit, même par l'intermédiaire d'un tiers :*

*1° Soit sur la nature, l'espèce, l'origine, les qualités substantielles, la composition ou la teneur en principes utiles de toutes marchandises ;*

*2° Soit sur la quantité des choses livrées ou sur leur identité par la livraison d'une marchandise autre que la chose déterminée qui a fait l'objet du contrat ;*

*3° Soit sur l'aptitude à l'emploi, les risques inhérents à l'utilisation du produit, les contrôles effectués, les modes d'emploi ou les précautions à prendre*» (article L 213-1 du Code de la consommation).

**Incrimination des pratiques commerciales agressives**

Elle est prévue à l’article L. 122-11 du Code de la consommation, qui définit les pratiques commerciales agressives comme les publicités dont l’effet est d’ « *altérer ou être de nature à altérer de manière significative la liberté de choix d'un consommateur* », ou « *vicier ou être de nature à vicier le consentement d'un consommateur* » ou encore « *entraver l'exercice des droits contractuels d'un consommateur* ».

Là encore, le lien avec le dol civil réside dans les effets de la publicité en question : induire délibérément en erreur le consommateur dont le consentement aura été illicitement orienté.

Il en va de même pour les pratiques commerciales trompeuses (L 121-1) ou réputées trompeuses (L 121-1-1) dont le but principal consiste à obtenir illicitement le consentement du consommateur, notamment au moyen d’indications, d’allégations et de présentations erronées ou trompeuses.

**Incrimination de l’abus de faiblesse spécial**

L’article L 122-8 du Code de la consommation incrimine « *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 (…) 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…* »

Là encore, la victime pourra agir en nullité du contrat pour dol et choisir concomitamment de déposer plainte sur le fondement de l’abus de faiblesse, tant les deux notions se recoupent.

**Remarques :**

- L’action peut être conduite sur le plan civil comme sur le plan pénal (toujours sur la plan civil, à certaines conditions sur le plan pénal, selon les infractions en présence) ;

- Le dol se prescrit au civil par l’écoulement d’un délai de 5 ans (article 2224 du Code civil). Au pénal, les délits, et notamment l’escroquerie, se prescrivent par l’écoulement d’un délai de 3 ans (article 8 du Code de procédure pénale) sous réserve de report du point de départ du délai de prescription dans des cas particuliers ;

- L’action sur le fondement du dol civil suppose que le demandeur ait préalablement réuni tous les éléments de preuve nécessaires à son action. A l’inverse, en matière pénale, par exemple en cas d’escroquerie, la procédure implique que le juge pénal adosse son jugement sur une enquête réalisée sous l’égide du ministère public.

1. **Les infractions spécifiques à l’entreprise (***hormis la constitution irrégulière du capital et les opérations sur le capital de l’entreprise)*

Il n’existe pas de politique d’agrément d’une constitution d’entreprise. En France on doit y satisfaire au risque de poursuites ex post. D’où l’importance du droit pénal et son caractère contraignant.

Le législateur a été amené à réduire le risque pénal avec des lois successives  du 15 mai 2001, sur la constitution du capital social, du 1er aout 2003 sur l’initiative économique, et de la sécurité financière, et des ordonnances du 25 mars et 25 juin 2004 ont accéléré ce mouvement de dépénalisation.

Il reste un droit pénal de l’entreprise rigoureux qui concerne à la fois les industriels et commerçants et les personnes morales de droit privé.

**Régime des interdictions, générales ou particulières**.

Elles sont générales 131-6 et 131-27, 131-28 du CP et applicables aux dirigeants considérés comme inaptes à exercer leur mission au risque de l’entreprise, de ses salariés, de ses clients et de ses fournisseurs, des tiers en général.

Elles sont particulières par exemple et c’est le plus significatif pour ce qui concerne la profession bancaire (art L. 500-1 du CP) ce texte donne effet en France aux condamnations étrangères.

D’autres infractions concernent les opérations portant sur les immeubles fonds de commerce, ou prohibent l’accès a certains condamnés aux professions de courtiers, rédacteurs d’actes, intermédiaires.

**Interdictions de nature para pénale** :

Les codes des assurances, de commerce, monétaire et financier prévoient une série d’interdiction identiques prononcées par les juridictions commerciales (actes annulés, procédure collective même si commerçant de fait, faillite personnelle en cas de cessation de paiement…)

La faillite personnelle entraine de plein droit l’interdictionde gérer. Celle-ci peut etre de surcroit prononcée dans tous les cas énumérés supra.

**Obligations professionnelles et répression des manquements**

Omission d’inscription au registre du commerce et des sociétés

Defaut d’immatriculation de mention modificative ou de radiation du registre du commerce et des sociétés malgre l’injonction du juge commis à la surveillance du registre.

(art. L 123-4 du Code de commerce)

**Infractions de commission au registre du commerce et des sociétés (RCS)**

Art. L 123-1 du Code de commerce. Il s’agit d’un délit de declarations inexactes ou d’omissions volontaires en vue d’une immatriculation ou d’une radiation, l’auteur devant avoir agi de mauvaise foi. Si l’on est de bonne foi en cas d’erreur tout simplement je juge a un pouvoir d’injonction. La rsistnace crée alors l’infraction.

**Comptabilité**

Obligation d’enregistrement comptable des mouvements affectant son patrimoine. Art L 123-12 du Code de com.

Il s’agit d’assurer la bonne foi des opérations de commerce et de comptabilité. Un instrument de lutte contre la fraude (ordonnance de Colbert de 1673).

Elle offre la visibilité de son entreprise à ‘entrepreneur, à ses clients, fournisseurs salariés au fisc et au juge.

Cette obligation se décline ainsi :

Bilan, compte de résultat et annexe. Ils doivent obligatoirement y figurer.

Principes de régularité de sincérité et de fidélité des comptes.

Sanctions pénales civiles administratives et fiscales du code de com. (art L 123 -19 à -23) et de l’Autorité des marchés financiers (623-1 du Règlement).

**Infractions fiscales :**

Délit d’omission d’écriture ou de passation d’écritures inexactes (Art L 1743,1 du CGI)

Il s’agit d’un délit volontaire et d’un délit obstacle (visant à prévenir une autre infraction dont celle-ci serait le support) : minoration des ventes, inclusion de charges dans le cadre d’une imposition forfaitaire etc…

Il faudra néanmoins démontrer qu’il ne s’agit pas d’une erreur et que l’omission ne pouvait être ignorée ce qui est un tempérament apporté par les juges à l’inflexibilité de la loi. Néanmoins l’ignorance ni la crédulité de l’auteur de l’infraction n’exonèrent sa responsabilité.

Délit d’organisation de fausse comptabilité

Art 1772-1 du CGI. L’élément matériel consiste à établir ou aider à établir de faux documents ou de fausses déclarations.

**Autres infractions**

*Code pénal*

Escroquerie par présentation de faux documents comptables

Faux par falsification de documents comptables Art 441-1 du CP. La pièce comptable contrefaite ou falsifiée doit avoir causé un dommage à un tiers.

Destruction ou dissimulation de documents comptables (article 434-4 2° du CP. Peine de 3 ans d’emprisonnement et amende de 45.000€.

Défaut d’établissement des comptes annuels

Présentation de bilan inexact : par ex, majoration des immobilisations, omission de constitution de provisions, des amortissements necessaires, sous-évaluation des stocks, actifs fictifs ou cédés y figurant encore.

Au passif dissimulation de rémunérations occultes, omission d’inscription de dettes certaines

Répartition de dividendes fictifs

Banqueroute par comptabilité fictive ou tenue d’une comptabilité manifestement irréguliere ou incomplete

Non dépôt des comptes sociaux au greffe du T. commerce.

|  |
| --- |
| **AUTORITE DE MARCHE ET JURIDICTIONS REPRESSIVES** |

(Notes effectuées à partir de la nomenclature du manuel du Droit Pénal des Affaires des Professeurs Agathe Lepage, Patrick Maistre du Chambon et Renaud Salomon – Litec 2010 et commentaires de Jean-Pierre Mignard et recherches de Pierre-Emmanuel Blard)

**Particularisme du droit répressif boursier**

Le droit pénal boursier est habituellement défini comme « le droit pénal spécial des manieurs d’argent ».

Ce particularisme du droit boursier français est dû à sa situation au carrefour du droit pénal, du droit administratif et du droit commercial. Il en subsiste un partage de compétences en matière de régulation et de réglementation qui n’est pas sans créer une confusion préjudiciable à la politique criminelle dans ce domaine d’activités et au droit à un procès équitable.

**Evolution des missions de l’autorité de marché**

L’exemple américain de la Securities and exchange commission, institué par la Commission des opérations de bourse (COB).

L’Autorité de marché française s’est vue successivement attribuer un pouvoir réglementaire et un pouvoir de sanction.

**Création de l’Autorité des marchés financiers**

L’Autorité des marchés financiers (AMF), est héritée de la fusion, opérée par la loi n° 2003-706 du 1er août 2003, de la Commission des opérations de bourse, du Conseil des marchés financiers et du Conseil de discipline de la gestion financière.

Le régulateur boursier est organisé en une pluralité d’organes. Il comprend un collège et une commission des sanctions.

La composition du collège de l’AMF est de 16 membres.

La commission des sanctions de l’AMF a été introduite par la loi de sécurité financière n° 2003-706 du 1er août 2003 et comprend 12 membres.

**Missions et pouvoirs de l’Autorité des marchés financiers**

Pour l’exécution de ses missions, l’AMF dispose d’un règlement général, lequel ne l’exonère pas de répondre aux exigences des règles de droit fondamentales, légales, constitutionnelles et conventionnelles.

**Dualisme des infractions boursières**

Dans le premier ca de dualisme , il s’agit des délits prévus par les articles L 465-1 à L 465-3 du Code monétaire et financier.

Dans le second cas, il s’agit des manquements administratifs au règlement général de l’AMF, sanctionnant les pratiques boursières qui ont pour effet de fausser le fonctionnement du marché, de procurer à leurs auteurs un avantage injustifié qu’ils n’auraient pas obtenu dans le cadre normal du marché, de porter atteinte à l’égalité de l’information et de traitement des investisseurs ou à leurs intérêts, ou de faire bénéficier les émetteurs ainsi que les investisseurs des agissements d’intermédiaires contraires à leurs obligations professionnelles.

L’écriture des délits et manquements marque la proximité des fautes : Délit d’initié et délit de communication d’information privilégiée ; manquement d’initié

Délit de fausse information et manquement à la bonne information du public.

**Propositions du rapport de Jean-Marie Coulon**

S’agissant des comportements boursiers susceptibles de recevoir à la fois la qualification de manquement au règlement de l’AMF et d’infraction pénale, les auteurs du rapport de la commission présidée par J.M. Coulon suggèrent la mise en place d’une nouvelle procédure qui mettrait fin au système actuel de la double sanction.

En premier lieu, l’AMF aurait pour obligation de dénoncer au plus vite au Parquet les faits susceptibles de recevoir une qualification pénale, sans attendre la notification de griefs. Dans l’attente de la décision finale du Parquet quant à la suite judiciaire ou administrative, l’AMF serait tenue de surseoir à l’engagement de sanctions.

En bref une hiérarchie des poursuites qui amènerait l’AMF à retenir sa compétence tant que je juge répressif n’aurait pas statué.

**DELITS BOURSIERS**

|  |
| --- |
| **Délit d’initié :** « abus de savoir » |

* **ELEMENTS CONSTITUTIFS**

Un élément matériel particulièrement extensif fait pendant à un élément moral réduit.

Condition préalable : une information privilégiée.

Il doit s’agir d’ « *une information confidentielle précise, de nature à influer sur les cours et déterminante des opérations réalisées* ».

**Caractère confidentiel de l’information privilégiée**

La confidentialité de l’information disparait une fois celle-ci rendue publique par sa diffusion.

**Caractère précis de l’information privilégiée**

Cette exigence permet d’écarter les renseignements vagues ou les simples rumeurs.

Des informations précises, la préparation d’une offre publique d’achat, une garantie de cours, la connaissance de résultats bénéficiaires, la connaissance de pertes importantes et soudaines, un rapprochement entre deux sociétés.

**Caractère déterminant de l’information privilégiée** : Elle est de nature à influer sur le cours de la valeur et déterminante des opérations réalisées.

Le délit d’initié est constitué par le fait de « *réaliser (…) soit directement, soit par personne interposée, une ou plusieurs opérations*» sur la base d’une information privilégiée.

Tout d’abord, depuis la loi n° 83-1 du 3 janvier 1983, le fait de permettre à un tiers de profiter d’une information privilégiée est désormais incriminé.

Il n’est pas nécessaire qu’ils « *connaissent l’identité des opérateurs, ni les modalités des opérations réalisées* ».

La loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne a créé, à l’article L 465-1 alinéa 3 du Code monétaire et financier, un nouveau délit permettant de sanctionner le bénéficiaire-initié indirect d’une information privilégiée, à l’instar d’un initié, sans avoir à le considérer comme receleur.

**Communication d’une information privilégiée** :

L’élément matériel de ce délit, dit « de dîner en ville » (cf. Agathe Lepage et *alii)* est caractérisé par la communication de l’information à un tiers par l’agent « *en dehors du cadre normal de sa profession ou de ses fonctions*».

**Limites temporelles de l’utilisation de l’information privilégiée :** « *avant que le public en ait connaissance* ».

La Cour de cassation a appliqué le principe de territorialité de la loi française à des opérations d’initiés effectués sur des places financières étrangères dès lors qu’ « *un acte caractérisant un des éléments constitutifs a été réalisé sur le territoire français*».

**Elément moral du délit d’initié**

Le délit de fausse information exige un élément moral minimal alors que pour le manquement d’initié, l’article L 622-1 du règlement général de l’AMF fait, tout au plus, implicitement référence à l’élément moral lorsqu’il interdit à l’initié de communiquer à des tiers une information privilégiée. L’élément intentionnel est plus fort dans le délit que dans la manquement ou il est quasi matériel dans le règlement AMF. La distinction est subtile, trop subtil peut être, puisqu’elle se réfère à une sorte d’intensité de l’intention pour marquer la frontière entre délit et manquement.

**Elément moral du délit d’initié par une utilisation d’une information privilégiée**

L’élément intentionnel du délit d’initié est caractérisé dès lors que le prévenu savait qu’il bénéficiait d’une information privilégiée dont le public n’avait pas connaissance et qu’il a entendu l’utiliser.

Il suffit que l’initié ait eu connaissance que les informations fournies étaient destinées à être utilisées par des opérateurs sur le marché. En définitive, comme le souligne la doctrine, « *l’intention coupable résulte de la simple violation du secret professionnel auquel l’initié était tenu* ».

**Elément moral du délit d’initié par communication d’une information privilégiée :** Si ce délit implique un dol général, ce dernier sera aisé à établir.

**Elément moral du délit d’initié du tiers bénéficiaire indirect d’une information privilégiée :** l’article L 465-1 aliéna 3 exige que la possession de l’information privilégiée soit intervenue « *en connaissance de cause* ». L’intention de s’exonérer d’une obligation doit être forte.

* **REPRESSION**

**Action publique :**

**Personnes punissables au titre du délit d’initié** : On distingue trois catégories de personnes physiques.

* **Initiés primaires** : les initiés classiques ;
* **Initiés secondaires** : les personnes bénéficiant d’une information privilégiée « *à l’occasion de l’exercice de leur profession ou de leurs fonctions* ».
* **Initiés tertiaires** : toute personne possédant en connaissance de cause des informations privilégiées. Cette nouvelle catégorie permettra désormais de sanctionner les bénéficiaires indirects d’informations privilégiées qui utilisent ou communiquent de telles informations en tant qu’auteurs principaux d’un délit autonome et non plus en tant que receleurs de délit d’initié.

**Personnes punissables au titre du délit de communication d’information privilégiée :** le champ d’application *rationae personae* du délit est très vaste.

**Règles de forme :**

**Prescription** : s’agissant de délits, les infractions d’initié se prescrivent par trois ans à compter de leur commission.

Si la transmission du rapport d’enquête par le collège de l’AMF, en application de l’article L 621-15-1 du Code monétaire et financier, ne saurait constituer un acte d’interruption, constituent en revanche de tels actes les investigations prévues par les articles L 621-10 et L 621-11 du Code monétaire et financier : communication de documents, auditions des personnes susceptibles de fournir des informations, accès aux locaux professionnels, visites domiciliaires. Il faut donc un acte de poursuite positif de l’autorité poursuivante, sa seule saisine n’en constituant pas un. Il s’agit d’une règle classique du droit commun pénal qui s’applique ici.

La Cour de cassation a confirmé le principe de territorialité de la loi pénale française en attribuant compétence française aux juridictions répressives françaises pour les opérations d’initiés réalisées sur des bourses étrangères.

**Action civile**

La Cour de cassation a clairement affirmé qu’ « *à le supposer établi, le délit d’initié est susceptible de causer un préjudice personnel direct aux actionnaires*».

|  |
| --- |
| **Délit de fausse information du marché** |

* **GENERALITES**

Dans ce délit *« d’intoxication boursiè*re », la nature des informations est identique à celle du délit d’initié : il s’agit d’informations 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.

Caractère de l’information fausse ou trompeuse : mensongère ou trompeuse – dolosive – comme l’a récemment relevé la jurisprudence.

**Elément moral**

Elément moral réduit du délit de fausse information : Le délit de fausse information exige un élément moral caractérisé par l’intention. La disparition de l’adverbe « *sciemment* » lors de la codification des règlements de l’ancienne commission des opérations de bourse dans le code monétaire et financier n’a pas changé la nature intentionnelle du délit, même si certains y ont vu un adoucissement. Au contraire ont rétorqué les autres une intention soulignée n’est plus nécessaire. L’intention résulte de l’acte lui-même.

**Elément moral requis des auteurs principaux**

**Elément moral requis des complices**

Les conditions requises pour que la complicité soit punissable rendent particulièrement difficile la mise en œuvre de la responsabilité pénale du créateur d’un site boursier, de l’éditeur d’un forum boursier, du fournisseur d’hébergement ou du fournisseur d’accès en qualité de complice par aide et assistance. Ce sont les textes relatifs à l’économie numérique qui s’appliquent ici (LCEN) ou les hébergeurs sont délégataires de la loi pour faire cesser les infractions commises sur les sites hébergés. Leur inertie en cas de mise en demeure de faire cesser le trouble vaut complicité.

* **REPRESSION**

**Personnes punissables** : la généralité des termes employés par l’article L 465-2 alinéa 2 du code monétaire et financier permet d’englober toute personne physique ou morale dans les mêmes conditions que pour le délit d’initié.

**Règles de forme**

Les causes d’interruption de la prescription du délit de fausse information sont les mêmes que pour le délit d’initié.

|  |
| --- |
| **Manœuvre ayant pour objet d’entraver le fonctionnement régulier d’un marché d’instruments financiers.** |

La notion de manœuvre évoquant celle de l’article 313-1 du Code pénal, il est possible que les infractions de manipulation de cours et d’escroquerie entrent en concours en particulier lorsque l’action sur les cours a été accompagnée d’autres manœuvres à condition toutefois pour l’escroquerie que l’autre condition tenant à la remise soit remplie.

**Manœuvre induisant autrui en erreur** : ainsi est sanctionné ici tout particulièrement la pratique de la « *bouilloire*» (ou agiotage, voir www/ boursebinaire.fr ) consistant à manipuler rapidement à la hausse une valeur dont le marché est étroit et sensible, en passant de très nombreux ordres d’achat, généralement sans disposer de la couverture nécessaire pour persuader les spéculateurs de l’imminence d’une opération sur ce titre et les amener ainsi à entretenir la hausse. Le manipulateur passe alors des ordres de vente sur les titres qu’il a initialement acquis, et retire rapidement les sommes qu’il a obtenues.

**Elément moral réduit**

* **REPRESSION**

**Personnes punissables** : il n’est pas nécessaire qu’il s’agisse de professionnels des marchés boursiers.

**Tentative** : l’article L 465-2 alinéa 1er du code monétaire et financier sanctionne indifféremment le fait « *d’exercer ou de tenter d’exercer (…) une manœuvre ayant pour objet d’entraver le fonctionnement régulier d’un marché* ».

|  |
| --- |
| **Manquements boursiers AMF** |

* **GENERALITES**

**Manquement d’initié**

La définition du manquement administratif est la même que celle du délit d’initié dans la mesure où l’opération incriminée est réalisée soit en opérant de façon illicite sur le marché soit en communiquant à un bénéficiaire l’information confidentielle.

**Information précise et non publique** : la confidentialité de l’information privilégiée est étendue de façon compréhensive.

**Une information susceptible d’avoir une influence sensible sur les cours** : cette condition est plus apparente que réelle.

**Exploitation, communication ou recommandation d’une information privilégiée**

Recommandation d’une information privilégiée : les obligations d’abstention des initiés ont été renforcées par l’article 622-1 du règlement général. Ceux-ci doivent s’abstenir de « communiquer » l’information privilégiée à un tiers en dehors du cadre normal de leurs fonctions.

* **REPRESSION**

**Personnes punissables à l’instar des délits**

* Initiés primaires
* Initiés secondaires
* Initiés tertiaires

**Exclusion des sanctions** : le fait justificatif.

Le devoir d’abstention sur le marché d’un opérateur disposant d’une information privilégiée peut céder lorsque ce dernier a poursuivi un intérêt autre que personnel.

**Exclusion des sanctions** : prescription triennale pour les manquements boursiers.

**Manquement à la bonne information du public**

* **ELEMENTS CONSTITUTIFS**

**Elément matériel** :

* La nature de l’information
* Caractères de l’information
* Modalités pratiques de l’information :
* Communication ou diffusion de fausses informations. Si la révélation émane de l’émetteur par la voie de ses organes de direction, il s’agit d’une communication de fausse information.
* Supports de la communication ou de la diffusion de fausse information : la diffusion dans le public de l’information peut s’effectuer par des canaux très variés.
* Effets de la communication ou de la diffusion de fausse information : le manquement administratif est constitué même « *en l’absence d’incidence de l’information sur le cours du titre* ».
* Lieu de la communication ou de la diffusion de fausse information : l’AMF peut prononcer des sanctions administratives en cas de fausse information diffusée non seulement sur le territoire français mais encore à l’étranger.

**Elément moral** :

S’agissant du manquement à l’obligation d’information du public, il convient de distinguer nettement la communication de la diffusion d’informations inexactes, imprécises ou trompeuses.

**Manquement au bon établissement des cours**

**Manipulation de cours**

**Appréhension convergente des infractions boursières**

Si le droit pénal en application du principe de légalité des incriminations de façon précise les personnes qu’il entend sanctionner le Code monétaire et financier et le règlement général de l’Autorité des marchés financiers désignent au contraire en des termes très généraux les personnes punissables au titre des infractions boursières.

Code monétaire et financière ou manquement au règlement général de l’AMF les infractions se ressemblent et leur distinction compliquée. Beaucoup plus technique dans la jurisprudence de l’AMF elles se caractérisent par une gravité plus marquée en cas de saisine de la justice. Mais il manque une hiérarchie des saisines qui mettrait notamment les personnes poursuivies à l’abri d’une violation réitérée de la règle *non bis in idem.* (cf. dictionnaire de droit criminel, Professeur Jean-Claude Doucet, 2ème partie, lettre N) pour connaitre la conception restrictive du non bis in idem : arrêt de grande chambre CEDH aff. Serguei Zolotoukin et conception extensive : <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra>.

**Initié du délit du Code monétaire et financier**

Initiés primaires : Ce sont les dirigeants sociaux de l’article L 225-109 du Code de Commerce

Et dans la définition des initiés internes les salariés quel que soit leur rang hiérarchique

Initiés primaires externes : Ils le sont à raison de leur participation à la préparation et à l’exécution d’une opération financière

La Connaissance de l’information privilégiée est requise car en effet, leur qualité d’investisseur postule une telle connaissance.

Initiés secondaires : Ce sont les personnes bénéficiant d’une information privilégiée, à l’occasion de leur profession ou de leurs fonctions (un attaché de direction, un secrétaire général, un directeur financier).

Enfin, toute personne détenant une participation dans le capital de l’émetteur

Initiés tertiaires : Il s’agit de « *toute personne possédant en connaissance de cause des informations privilégiées »*. Le règlement de l’AMF semble concerner toute personne renseignée, indifféremment de la qualité de la personne dont il a obtenu l’information.

Quelle que soit sa qualité – primaire, secondaire ou tertiaire – l’initié est indifféremment une personne morale ou physique. Cette dernière ne peut utilement se retrancher derrière l’écran de la personnalité morale.

**Personnes morales**

A l’instar de l’AMF, le juge pénal peut infliger des sanctions pénales à l’encontre de l’une et l’autre de ces deux catégories de personnes. L’AMF a cependant une conception extensive de l’infraction boursière, autrement dite appréhension « *praeter le*g*em* » des délits et des manquements boursiers

**Appréciation extensive du délit et du manquement d’initié**

En vertu de l’application, de la règle *Ratione loci* tout d’abord, il a été étendu du marché national aux places étrangères. Dans l’affaire Péchiney, en application du principe résultant de l’article 113-2 du Code pénal, la Cour de cassation a considéré que le délit d’initié est punissable par la loi française, dès lors qu’un élément constitutif a été commis en France.

Une information confidentielle, doit être précise et de nature à influer sur les cours et déterminante sur les opérations réalisées. Le règlement général a précisé que n’est désormais privilégiée que l’information « *susceptible d’avoir une influence sensible sur le cours des instruments financiers »* en application de la Directive abus de marché de 2003.

Le seuil de sensibilité se conçoit différemment selon le type d’instrument financier en cause et surtout selon le marché sur lequel on l’applique.

**Appréciation extensive du manquement et du délit de manipulation de cours**

Le manquement est commis par toute personne qui, même non intentionnellement, entrave l’établissement du prix sur le marché, en induisant autrui en erreur.

Ce manquement de manipulation de cours, qui interdit les pratiques faussant la libre confrontation des ordres sur le marché, dépasse les limites du délit pénal, dans la mesure où il présente un caractère plus économique que moral. On perçoit mieux dans ce cas le rôle régulateur plus que répressif de l’AMF.

**Appréciation extensive du délit et du manquement de fausse information**

Article L 465-2 alinéa 2 du Code monétaire et financier, qui concerne des agissements matérialisées par le fait de répandre dans le public par des voies et moyens quelconques, des informations fausses ou trompeuses.

**Elément moral réduit des infractions boursières**

**Généralités**

**Elément moral réduit des délits boursiers**

Le Délit de manipulation *« afin d’agir sur le cours des* titres » ne suppose plus *un animus necandi* particulier. Désormais, il suffit que la personne ait agi en parfaite connaissance de cause des informations qu’elle répand. On retrouve là un délit quasi praeter intentionnel ancêtres du délit matériel.

**Délit d’initié**

En matière de délit d’initié, directement ou par personne interposée, une opération suffira à déterminer la mauvaise foi du prévenu. La matérialité des faits s’imposera au juge.

Lorsque l’initié a permis à un tiers de réaliser l’opération en lui divulguant l’information privilégiée, ce simple fait se suffit à lui-même.

**Délit de communication d’information privilégiée**

Le terme « sciemment » a disparu. L’intention sera d’autant plus aisée à déterminer.

Délit de diffusion de fausse information. Un dol spécial n’est pas davantage requis par l’article L 465-2 du Code monétaire et financier.

**Elément moral embryonnaire des manquements boursiers**

**Elément moral exprès**

La définition est banale : Celui « *qui sait ou qui aurait dû savoir qu’il s’agit d’une information privilégiée* ». L’AMF a estimé, selon un raisonnement a contrario, qu’en cas de communication d’une information inexacte, imprécise ou trompeuse, la mauvaise foi n’était pas exigée.

**Elément moral implicite**

**Appréciation convergente des infractions boursières**

En effet, les premiers faits constitutifs d’in fraction prévus aux articles L 465-1 à L 465-3 du Code monétaire et financier, sont réprimés par le juge pénal, alors que les seconds sont sanctionnés par la commission des sanctions de l’Autorité des marchés financiers. Le cercle des personnes poursuivies est large dans les deux cas, l’élément matériel s’étend au fur et à mesure que se complexifient les instruments financiers et les pratiques boursières, enfin l’élément moral tend à se rejoindre dans les deux séries de cas et la distinction s’opérer avec difficulté entre manquement et délits.

**Indépendance et soumission de l’autorité de marché à l’égard du juge**

**Attributions distinctes, autonomes et complémentaires de l’AMF et du juge en matière des délits boursiers**

L’AMF a le plus souvent l’initiative de ces investigations.

La direction de la surveillance et des enquêtes de l’AMF est un service qui dispose d’enquêteurs habilités par le secrétaire général.

La loi n° 2003-706 du 1er août 2003 a en outre prévu le recours par l’autorité de marché à des personnes extérieures en qualité d’enquêteurs, enrichissant davantage encore son expertise en matière d’investigation. C’est le cas notamment en matière comptable ou informatique

Ces enquêteurs peuvent se faire communiquer tout document quel qu’en soit le support.

Ils peuvent également convoquer et entendre toute personne susceptible de leur communiquer des informations et accéder aux locaux professionnels.

Un exemplaire du rapport d’enquête est remis au Procureur de la République : Les délits peuvent être transmis au parquet peuvent être aussi bien boursiers que financiers.

Une Etroite association de l’AMF à la procédure judiciaire peut alors être mise en place ce qui rapproche encore plus les procédures pénales et administratives.

**Soumission de certaines attributions de l’AMF au contrôle du juge en matière de manquements administratifs**

En premier lieu, certains actes de procédure sont effectués par l’AMF sous le contrôle du juge judiciaire. Par ailleurs, les recours contre les décisions de l’AMF sont portés devant le juge judiciaire ou administratif.

Le président du TGI du lieu du siège social peut sur demande motivée de l’AMF prononcer l’interdiction temporaire de l’activité d’une société ainsi que la mise sous séquestre de valeurs, titres ou droits appartenant aux personnes mises en cause par cette dernière.

En outre, le président de l’AMF s’il constate une pratique contraire aux dispositions législatives ou réglementaires peut saisir le président du TGI pour qu’il prenne toutes mesures de nature à faire cesser ces pratiques.

Il convient de relever que, même devant le juge judiciaire, la procédure de sanction de l’AMF présente une nature hybride, tout à fait imprégnée des règles de la procédure administrative et de la procédure civile.

En particulier, le président ou le secrétaire général de l’AMF peut saisir le président du TGI du siège social en vue de prononcer, par ordonnance sur requête, la mise sous séquestre de fonds, valeurs, titres ou droits appartenant aux personnes mises en cause ou l’interdiction temporaire de l’activité professionnelle ou de prononcer, en la forme des référés, la consignation d’une somme d’argent.

**Articulation originale des sanctions prononcées par les autorités de répression en matière boursière**

La Tendance contemporaine observable est à l’unification du régime des sanctions.

**Uniformisation de la procédure de sanction boursière**

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 8 juillet 1989 : son pouvoir de sanction est, à l’instar des juridictions pénales, assorti de garanties destinées à respecter les droits de la personne poursuivie.

Ce pouvoir de sanction, dévolu à l’AMF, est régi par trois catégories de normes juridiques d’application cumulée : les dispositions internes régissant l’AMF, au niveau immédiatement supérieur, les principes fondamentaux à valeur constitutionnelle dégagés par la jurisprudence du Conseil constitutionnel, enfin les prescriptions résultant de la Convention européenne des droits de l’homme.

**Soumission de la procédure de l’AMF aux garanties fondamentales de la Convention Européenne des droits de l’Homme**

La nouvelle autorité de marché issue de la loi n° 2003-706 du 1er août 2003 est à « *la fois jurislateur, investigateur et juge »*(**Agathe Lepage et *alii.***)Le jurislateur est une expression d’Edouard Lambert, un exercice d’interprétation du droit.

**Le renforcement de certaines garanties fondamentales de procédure**

Formalisme procédural accru entourant les pouvoirs d’enquête de l’AMF

L’article R 621-31 du Code monétaire et financier définit de façon énumérative les personnes habilitées à effectuer des enquêtes en application de l’article L 621-10 du Code monétaire et financier. Les Visites domiciliaires sont prévues à de l’article L 621-12 du même code

Enfin, comme en droit de la concurrence, les enquêtes donnent lieu à l’établissement de procès-verbaux et de rapports.

**Renforcement des droits de la défense lors de la procédure de sanction administrative**

Le régulateur boursier, dans la mise en œuvre de son pouvoir de sanction, est tenu constamment de veiller au respect du principe du contradictoire afin que chacun puisse être « être informé dans le plus court délai, de la nature et de la cause de l’accusation ».

Les droits de la défense sont réaffirmés à tous les stades de la procédure, de la phase d’enquête diligentée par la direction de la surveillance et des enquêtes jusqu’à la séance de la commission des sanctions, appelée à statuer sur les faits reprochés au mis en cause, en passant par la phase intermédiaire de la notification des griefs.

**Soumission de la procédure de sanction de l’AMF à la présomption d’innocence**

De même, la Cour de cassation a considéré qu’étaient attentatoire au principe de l’article 6, paragraphes 1 et 2, de la convention européenne des droits de l’Homme, les déclarations du président de l’autorité de marché à la presse financière, au motif que ces déclarations étaient intervenues entre la notification des griefs et le prononcé de la sanction.

**Garanties entourant la détermination de l’infraction et de la sanction administrative**

L’article 5 de la Déclaration des droits de l’Homme et du citoyen et article 7 de la Convention Européenne des droits de l’Homme, sont parfaitement respectés dans la mesure où les contours des infractions boursières sont définis de façon suffisamment précise et claire.

**Cumul des sanctions pénales et administratives en matière pénale : le principe non bis in idem ;**

Le Prononcé cumulatif de sanctions pénales et administratives à raison d’un même fait pose de lourdes questions sur le parallélisme des procédures pénales et AMF.

En définitive, la différence irréductible entre ces deux types de sanctions tient à la philosophie respective des procédures pénales et administratives en matière boursière. En effet, tandis que le droit pénal accorde une place prééminente à l’intention dans l’appréciation de la sanction, le manquement administratif fait l’objet d’une appréciation beaucoup plus objective, plus neutre. Cela explique la proportion de l’amende en fonction de la gravité des faits et du profit illicitement tiré de l’acte répréhensible et non de la faute.

**Conformité du cumul des sanctions pénales et administratives à raison d’un même fait qualifié à la fois de manquement et de délit et le respect du principe *non bis in idem***

Le Tribunal correctionnel de Paris a prononcé une dispense de peine à l’encontre de l’auteur d’un délit d’initié déjà condamné par l’AMF à la sanction maximale encourue à l’époque de 1,5 million d’euros pour manquement d’initié.

Par ailleurs, pour pouvoir tempérer le montant global de la sanction pécuniaire prononcée par l’AMF et l’amende prononcée par le juge répressif, ce dernier a volontairement soustrait le condamné à la pie d’amende pénale prévue.

Les Cours supérieures (Cour de cassation, CEDH, Conseil Constitutionnel) sont dorénavant saisies à plusieurs titres de cette question et à travers elles seront amenées à préciser **une plus nette séparation et une meilleure hiérarchisation des deux organes juridictionnels et administratifs de répression des délits et manquements en matière boursière et financière.**

**Les documents adressés ci joints (Jugements de transmission de la QPC EADS en date du 3 octobre 2014, Décision CEDH Grande Stevens) illustrent cette tendance.**

**Décision de la Cour de Cassation sur la QPC EADS.**

|  |
| --- |
| **LE COMMISSAIRE AUX COMPTES (CAC), devoirs et responsabilité pénale** |

(Notes effectuées à partir de la vaste nomenclature du manuel du Droit Pénal des Affaires des Professeurs Agathe Lepage, Patrick Maistre du Chambon et Renaud Salomon – Litec 2010 et commentaires de Jean-Pierre Mignard et recherches de Pierre-Emmanuel Blard)

Le commissaire aux comptes est tenu simultanément à une obligation de se taire et à une obligation de parler. Cette formule lapidaire de Agathe Lepage et allii résume pourtant bien la double obligation des CAC. Il est un régulateur essentile du droit des sociétés, le notaire des comptes sociaux qu’il certifie erga omnes , à l’intérieur comme à l’extérieur. Avec les actionnaires qu’il informe, les dirigeant sociaux qu’il conforte ou au contraire critique, le Comité d’entreprise qui peut le convoquer dans un périmètre d’interrogation défini par le Code du travail, le fisc et le parquet, il est véritablement au carrefour du fonctionnement régulier de l’entreprise.

IL permet la découverte d’infractions mais surtout il les prévient.

**Obligation de se taire du CAC**

Selon l’article L 822-15 du Code de commerce, le commissaire aux comptes est tenu au secret professionnel pour les faits, actes et renseignements dont il a pu avoir connaissance en raison de ses fonctions.

Sanction : Article 226-13 et 226-14 du Code pénal

**Maintien de la dignité du professionnel**

L’ensemble des informations que le commissaire aux comptes a pu connaitre dans l’exercice de sa profession (projet de cession d’une société, au conjoint du chef d’entreprise ou encore à soin banquier) reste du domaine du secret. Le dirigeant en difficulté ne doit pas voir des informations relatives à sa gestion livrées au public mais aux seuls organes de l’entreprise oued la justice intéressés.

Le commissaire aux comptes ne peut donc librement communiquer avec l’administrateur judiciaire que si ce dernier est entièrement chargé de l’administration de l’entreprise.

**Elément moral :** le délit de violation de secret professionnel suppose la mauvaise foi du commissaire aux comptes, caractérisée par une révélation tout à la fois volontaire et consciente.

**Faits justificatifs limitant le secret** : On constate une large admission des faits justificatifs de la levée du secret dans l’intérêt de l’entreprise.

En outre, l’article L 226-14 du Code pénal justifie expressément l’atteinte au secret professionnel « *dans les cas où la loi (…) autorise la révélation du secret* ». Une telle autorisation existe en droit des sociétés.

Ainsi, le comité d’entreprise dispose de prérogatives postulant la levée du secret professionnel du commissaire aux comptes.

En revanche, à défaut de disposition légale justificative, le secret professionnel doit être opposé par le commissaire aux comptes au personnel de l’entreprise, quels que soient son rang et ses fonctions, y compris comptables, financières ou administratives et a fortiori aux professionnels extérieurs de l’entreprise (expert-comptable, notaire, banquier, créanciers), ainsi qu’aux administrateurs l’interrogeant à titre personnel, son interlocuteur étant le CA ou le conseil de surveillance par ses présidents

Au-delà de l’obligation de révéler les faits délictueux au procureur de la République, comme l’article 40 du CPP lui en fait une prescription indiscutable, le commissaire aux comptes est tenu de collaborer avec d’autres autorités répressives. Il ne peut ainsi invoquer le secret professionnel pour refuser de fournie des informations devant le juge d’instruction ou devant un officier de police judiciaire. Il n’est pas un médecin un avocat ou un officier ministériel et stricto sensu pas le conseil de l’entreprise, à la différence de l’expert-comptable. Son secret n’est donc pas illimité mais contraint par le seul intérêt de l’entreprise et a contrario.

Il est également délié de son obligation au secret professionnel à l’égard de l’expert désigné en application des dispositions de l’article L 225-231 du Code de commerce.

Il peut également déclencher une procédure d’alerte et informer le président du tribunal de grande instance des difficultés d’une personne morale, en l’absence de décision prise par ses dirigeants pour en assurer la continuité de l’exploitation.

**Obligation de parler du CAC**

**Obligation de vérité**

**Allégations mensongères :** l’information mensongère du commissaire aux comptes sur la situation de l’entité contrôlée est constitutive du délit d’information mensongère ainsi que des délits satellites.

Punie d’un emprisonnement de cinq ans et d’une amende de 75.000 euros selon l’article L 820-7 du Code de commerce.

Le plus souvent, l’information mensongère du commissaire aux comptes tend à dissimuler une infraction commise par les dirigeants sociaux.

Le délit est caractérisé lorsque le commissaire aux comptes connaissant l’inexactitude des comptes, les certifie sans réserve ou les assortit de réserves insuffisantes. Il s’agit bien d’une infraction de nature intentionnelle et pas d’une faute professionnelle relevant de la procédure civile et en général couvert par les assurances.

Toutefois, plus récemment, la Cour de Paris est revenue à une ligne plus stricte en condamnant un commissaire aux comptes de ce chef d’infraction au motif qu’à raison de ses fonctions, il ne pouvait ignorer la situation de la société. On se retrouve là dans la cadre des anciens délits dit *praeter* intentionnels, ou délits d’omission inexcusable pour des professionnels avertis qui ne peuvent se réfugier derrière leur ignorance pour exonérer leur responsabilité.

**Elément moral :** la mauvaise foi exigée consiste seulement en la connaissance du caractère mensonger des informations communiquées.

Il se rend coupable du délit si, ayant fait une confiance absolue au comptable de la société, il a négligé de vérifier personnellement la sincérité des comptes sociaux. Plus généralement, la carence du commissaire aux comptes, lorsqu’elle est totale, est exclusive de la bonne foi.

**Obligation de révélation** : le devoir de révélation est imposé par l’article L 823-12, alinéa 2 du Code de commerce. Ce Devoir est sanctionné à l’article L 820-7 du Code de commerce.

Une recommandation de la compagnie nationale des commissaires aux comptes du 12 septembre 1985 et une circulaire de la Chancellerie du 23 octobre 1985 ont mis fin aux incertitudes concernant les contours de cette obligation de révélation :

« *La mission fondamentale du commissaire aux comptes est de garantir la fiabilité des informations comptables et financières données par les responsables sociétaux. La révélation ne peut être dissociée de ce principe est c’est par rapport à celui-ci que son champ doit être déterminé ».*

**Condition préalable** : existence de faits délictueux

Outre les délits propres au droit des sociétés (tenue des assemblées générales, exercice du droit de vote, répartition des dividendes fictifs, présentation de bilan inexact, abus des biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix, …) sont visés tous les délits qui, présentant une incidence sur les comptes annuels, sont significatifs et délibérés. Est significatif tout fait qui, ayant pour effet de soustraire l’entreprise à des dispositions spéciales, modifie **sensiblement 1/** la situation nette, 2/ fausse l’interprétation des résultats et 3/ porte préjudice aux tiers.

**Condition préalable :** connaissance des faits délictueux. Pour être puni, le commissaire aux comptes doit, en application stricte du principe de légalité criminelle, avoir une connaissance précise et certaine du fait délictueux concerné.

Ainsi commet le délit, le commissaire aux comptes qui certifie sans aucune réserve les comptes sociaux, en parfaite connaissance de l’insuffisance des provisions pour risques et dépréciations. On évoquera ici **un délit de complaisance**.

**Condition de fond** : abstention de révéler (article L 820-7 du code de commerce)

La révélation des faits délictueux est suffisante en soit, même leur apparence suffit. Le procureur de la république ne peut exiger du commissaire aux comptes la remise d’un rapport sur la situation de la société. C’est à ses services et à la police, voire plus tard aux experts, d’apprécier s’il y a eu infraction ou non.

**Mauvaise foi :** la Cour de cassation exige, pour retenir la responsabilité pénale d’un commissaire aux comptes, l’établissement de sa mauvaise foi. Le commissaire aux comptes doit s’être volontairement abstenu de révéler les faits délictueux qu’il connaissait, avec la volonté de dissimuler les agissements en cause. La volonté s’analyse à partir des éléments extérieurs à la commission de l’infraction.

**Le CAC complice d’infractions commises par les dirigeants sociaux**

**Généralités**

Des formes de complicité prévues par l’article 121-7 du code pénal, c’est essentiellement l’aide et l’assistance qui caractérisent la participation matérielle du commissaire aux comptes, c’est-à-dire les formes les plus classiques de la complicité, et non pas l’instruction.

**Complicité du commissaire aux comptes et délit de communication d’information mensongère**

La ligne de partage est fixée par l’article L 121-6 du code pénal qui exige, au titre de la complicité, l’établissement d’un élément matériel et d’un élément moral.

**Elément matériel de la complicité :** Lorsque le commissaire aux comptes s’est borné à donner des informations mensongères, le délit de l’article L 820-7 du Code de commerce a vocation à s’appliquer.

**Elément moral de la complicité** : la complicité exige que l’infracteur ait voulu agir en connaissance de cause. En conséquence, si le commissaire aux comptes connait le délit principal et si, sans avoir pour autant la volonté de le favoriser, il ne le révèle pas, il n’y a pas complicité mais délit principal de non-révélation des faits délictueux. Il faudra alors chercher dans les éléments exogènes à l’infraction elle-même apprécier la nature des relations entre le dirigeant social et le CAC, s’il y a eu corruption et remise en contrepartie ou pas, ou seulement inertie complaisante.

**Etendue de la complicité du commissaire aux comptes**

La complicité du commissaire aux comptes peut en premier lieu être retenue pour des infractions de droit commun commises par les dirigeants sociaux, tels que l’escroquerie, le faux ou l’abus de confiance.

La complicité du commissaire aux comptes trouve son domaine de prédilection dans les infractions comptables commises à titre principal par les dirigeants sociaux.

**Les infractions portant atteinte au contrôle légal des comptes**

Le contrôle légal des comptes est entravé lorsque la désignation d’un CAC est éludée

Article L 820-4 1° du Code de commerce

**Omission de provoquer la désignation du commissaire aux comptes**

**Eléments constitutifs :**

Elément matériel : seuls les dirigeants sociaux des sociétés assujetties à la nomination d’un commissaire aux comptes peuvent se voir reprocher ce délit d’omission.

La présence d’un commissaire aux comptes s’impose à l’ensemble des sociétés anonymes, à toutes les personnes morales offrant au public des instruments financiers et aux organismes de placement collectif de valeurs mobilières : les sociétés d’investissement à capital variable, les sociétés civiles de placement immobilier et les fonds communs de placement.

**Défaut d’omission de désignation ou de convocation du commissaire aux comptes à l’assemblée générale**

**Elément matériel** : ce délit suppose d’avoir omis de provoquer la désignation d’un commissaire aux comptes ou de s’abstenir de la convoquer à l’AG annuelle de reddition des comptes sociaux. Le CAC doit avoir remis un rapport qui sera remis aux administrateurs et les conclusions aux actionnaires.

Les personnes punissables au titre du délit de défaut de convocation du commissaire aux comptes à l’assemblée générale et du délit d’omission de provoquer la désignation du commissaire aux comptes sont les mêmes c’est-à-dire les dirigeants sociaux, présidents ou directeurs généraux, seuls aptes convoquer les AG

**Le contrôle légal entravé**

*Entrave générale : obstacle aux vérifications et au contrôle du commissaire aux comptes*

*Rationae materiae*, malgré le terme « mettre obstacle » utilisé par l’article L 820-4, 2) du code de commerce, l’entrave peut résulter d’un obstacle aussi bien positif que négatif du dirigeant aux contrôles et vérifications du commissaire aux comptes.

Le délit d’entrave sous ces deux formes est un délit nécessairement intentionnel (*animus* *necandi*) et suppose donc la mauvaise foi de l’auteur des faits.

Prescription : en principe, le délit d’entrave aux fonctions de commissaire aux comptes est une infraction instantanée.