

LA DÉPÉNALISATION DES DÉLITS FINANCIERS MYTHE OU RÉALITÉ ?

CONFÉRENCE ASSOCIATION DROIT & COMMERCE
TRIBUNAL DE COMMERCE DE PARIS - 8 DECEMBRE 2014

PAR BERNARD BOULOC*

Il m'est agréable de venir vous présenter une conférence sur le thème de la dépénalisation des délits financiers. Sociétaire de *Droit et Commerce* depuis sa création, j'avais, parmi d'autres conférences, présenté le dévoiement de l'abus de biens sociaux en mai 1995. Puis, en 2001, il m'a été demandé d'organiser le colloque annuel qui portait sur la dépénalisation en droit des affaires. Grâce aux éminents professeurs de droit ayant répondu à mon appel, j'ai pu présenter le rapport de synthèse.

Mais 2001, cela fait treize ans et demi, et peut-être fallait-il faire un point sur l'actualité du droit pénal des affaires. On sait que depuis 2001, certaines incriminations ont disparu, en raison de lois ou même d'ordonnances, notamment en 2004.

Mais, au cours de la dernière décennie, que s'est-il passé ?

Le président Sarkozy a mis en place différentes commissions, et en particulier la commission Coulon, chargée de suggérer des modifications en droit pénal des affaires. Toutefois, les délits phares que sont les abus de biens sociaux et les banqueroutes n'ont pas été modifiés. De même, d'autres propositions sont demeurées sans suite, comme par exemple la suggestion d'allonger la durée du délai de prescription. Et c'est heureux, car cette augmentation du délai n'aurait certainement pas empêché les juges d'aller plus loin, comme cela s'est vu récemment, le 15 novembre 2014.

Il y a eu aussi la commission Guinchard qui suggérerait de dépénaliser les faits de diffamation

et d'injures. Heureusement, cette idée n'a pas eu de suite.

Outre ces commissions, on pouvait espérer que des plaideurs parviendraient à convaincre le Conseil constitutionnel de la non-conformité à la Constitution de tel ou tel texte, par suite du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*. Mais cet organe doit être saisi, en matière de droit privé, par la Cour de cassation. Celle-ci estime assez souvent que la question n'est pas nouvelle ou pas sérieuse (personnellement j'aurais préféré que la loi mentionne « non pertinente »), car elle ne conteste pas un principe constitutionnel.

Il s'agit de critiquer l'interprétation ou l'application de la loi ; or cette interprétation lui appartient. C'est ce qui a été jugé à propos de la responsabilité pénale de la personne morale, ou en matière de prescription d'abus de biens sociaux mêlée à la connexité. Il est vrai que le Conseil a déclaré inconstitutionnelle l'application de plein droit de sanctions, sans intervention d'un juge, ou certaines incriminations en matière sexuelle. Mais cela reste marginal, et surtout ce qui a été déclaré inconstitutionnel en matière de droit pénal des affaires se compte sur un seul doigt. Le Conseil est quand même intervenu dans le domaine de la procédure, me direz-vous, par exemple la garde à vue, la suppression des tribunaux maritimes commerciaux. Mais ce qui l'a inspiré, c'est la position de la Cour européenne des droits de l'Homme de Strasbourg et, en réalité, les principes essentiels consacrés par les articles 6 et 8 de la Convention. La seule résistance, c'est la question du procureur de la République. Beaucoup s'interrogent sur son statut et sur sa dépendance à l'égard du pouvoir exécutif. C'est peut-être un faux problème, car d'une part, il ne peut recevoir d'instructions de Mme la Garde des Sceaux, car la ministre ne peut que prendre des instructions générales (art. 30 CPP) et d'autre part, il est tenu de respecter le principe

* Bernard Bouloc est professeur émérite à l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne. Le style oral de la conférence a été conservé.

d'impartialité (art. 31 CPP). Le procureur développe librement les observations qu'il croit convenables au bien de la justice (art. 33 CPP), et il décide de l'opportunité des poursuites, par une décision motivée, susceptible de recours devant le procureur général.

En revanche, ce qui me paraît très contestable, c'est le fait que le procureur exerce l'action publique (art. 31), il dirige l'action de la police judiciaire (art. 12), en enquête de flagrance, comme en enquête préliminaire. En clair, il y a confusion de deux fonctions : celle de la poursuite et celle de l'enquête. S'il y avait un juge d'instruction, celui-ci ne pourrait enquêter que sur les seuls faits dont il serait saisi ; pour des faits nouveaux, il lui faudrait un réquisitoire supplétif. Bref, les fonctions de poursuite et d'enquête sont distinguées, ce qui n'est pas le cas dans les situations d'enquête qui représentent 95 % des poursuites.

Or, il faut bien reconnaître que pour la Cour européenne de Strasbourg, les droits de la défense et l'impartialité doivent exister dès le début de la mise en cause d'une personne. Poursuivre et enquêter ne correspond pas aux garanties de l'article 6 qui s'appliquent à l'ensemble de la procédure, y compris aux phases de l'information préliminaire¹. Il conviendrait de distinguer la poursuite de l'enquête et de son contrôle.

Au-delà de ces considérations qui montrent que la dépenalisation souhaitée est en panne, il nous faut surtout voir quelles évolutions ont été consacrées par la jurisprudence. Est-elle plus sensible aux arguments juridiques, ou bien sentimentalement condamne-t-elle ceux qui accomplissent des actes pouvant entrer à la marge dans le champ pénal ? C'est ce que je vais tenter de rechercher. Eu égard au fait qu'il n'y a pas un code consacré à la vie des affaires, je vais devoir explorer différents codes. Tout d'abord, le code premier, le code pénal, puis ce sera le code de commerce, le code monétaire et financier, et enfin le code des impôts.

I - Le code pénal

Trois secteurs paraissent avoir évolué.

Tout d'abord, la responsabilité des personnes morales, puis l'abus de confiance et enfin le faux en écritures.

A - La responsabilité des personnes morales introduite dans le code depuis le 1^{er} mars 1994 a connu une évolution législative, ainsi qu'une évolution jurisprudentielle.

L'évolution législative résulte de diverses lois particulières qui au cas par cas ont voulu répondre à une situation spécifique, à savoir la lutte contre les sectes et notamment l'Église de Scientologie. D'où la possibilité d'une responsabilité pénale, en matière de tromperie et de publicité trompeuse, devenues les « pratiques commerciales trompeuses ». Mais c'est surtout la loi du 9 mars 2004 qui en supprimant les mots « *dans les cas prévus par la loi* » mentionnés dans l'article 121-2 du code pénal, a généralisé la responsabilité pénale des personnes morales. Certains ont pensé que désormais une personne morale pourrait être coupable d'un délit de société. Mais pour qu'il en soit ainsi, encore faut-il que la personne morale ait une qualité lui permettant d'être coupable d'un délit attribué. Or, comme je l'ai déjà dit et écrit, une personne morale ne peut pas être présidente d'une SA ; si elle est administrateur, c'est son représentant permanent qui est responsable pénalement des infractions du droit des sociétés.

Il y a donc ici une évolution relativement défavorable. Quant à la jurisprudence, elle a cru peut-être du fait de la généralisation qu'il n'y avait pas lieu de rechercher par l'intermédiaire de qui l'infraction avait été commise.

Ainsi, la Cour de cassation a estimé qu'une infraction n'avait pu être commise que par des organes ou représentants de la société pour le compte de celle-ci². À propos de faux relatifs à la constitution de marges arrière, la Cour de cassation a jugé que les infractions retenues s'inscrivent dans le cadre de la politique commerciale des sociétés en cause et ne peuvent dès lors avoir été commises pour le compte des sociétés par leurs organes ou représentants³. Cette solution a aussi été retenue en matière de publicité trompeuse⁴ ou d'infractions involontaires⁵.

1 - CEDH 24/11/1993, Imbrioscia / Suisse.

2 - Cass. crim., 20 juin 2006, Bull. n°188 ; Cass. crim., 26 juin 2007, D. 2008, Pan. 1573, obs. Mascala.

3 - Cass. crim., 25 juin 2008, Bull. n°167, Dr. Pén. 2008, 140, obs. Véron.

4 - Cass. crim., 24 mars 2009, Dr. pén. 2009, n°84, obs. J.H. Robert.

5 - Cass. crim., 15 fév. 2011, Dr. pén. 2011, 62, obs. Véron.

Mais la Cour de cassation est revenue à une meilleure lecture de l'article 121-2 du code pénal, depuis un arrêt du 11 octobre 2011⁶. Cet arrêt a été suivi de nombreux autres : 11 avril 2012⁷, 12 juin 2012⁸, 22 janvier 2013⁹, 19 juin 2013¹⁰. Au cours de cette année 2014, nous avons eu plusieurs arrêts publiés au Bulletin ; le tout dernier connu est celui du 2 septembre 2014.

Désormais, les juges du fond ne peuvent pas retenir la responsabilité d'une personne morale sans s'expliquer sur les fautes reprochées ni préciser en quoi les infractions ont été commises pour son compte par un de ses organes ou représentants.

On relèvera toutefois un arrêt de la chambre criminelle ayant retenu la responsabilité d'une personne morale en raison d'actes accomplis par des dirigeants de fait et ayant prononcé sa dissolution¹¹.

Il résulte de ces solutions que la responsabilité pénale des personnes morales, étendue par le législateur, est revenue, du fait des critiques et des tentatives de contrôle de constitutionnalité, à un meilleur respect de l'article 121-2 du code pénal.

B - Le deuxième exemple de l'évolution est pris de l'abus de confiance (art. 314-1 C. pén.). La jurisprudence a, conformément à la loi et à la jurisprudence antérieure, décidé que l'abus de confiance ne peut porter que sur des fonds, valeurs ou biens remis à titre précaire. Aussi bien, en cas de sommes prêtées en vue de financer la construction de villas, il ne peut y avoir abus de confiance, car le bénéficiaire des fonds prêtés en est devenu propriétaire¹².

Mais la Cour de cassation a donné des solutions divergentes paraissant plutôt relever du seul droit civil. Ainsi, le 5 octobre 2011 (Bull. n° 193), elle a considéré que commettait un abus de confiance un serveur offrant des consommations à des clients sans les facturer en

s'abstenant volontairement de remettre à son employeur le prix des boissons qu'il était chargé d'encaisser.

Puis la Cour de cassation a estimé qu'il y avait abus de confiance quand un salarié utilise son temps de travail à d'autres activités. On ne savait pas que l'employeur remettait au salarié un temps et lui demandait de l'utiliser de telle façon¹³.

Elle a aussi admis que le gérant d'un bar-tabac qui ne réglait pas ses mises personnelles commettait un abus de confiance, car il utilisait l'appareil à d'autres fins que celles confiées¹⁴.

À l'évidence, la Cour de cassation ne respecte pas les termes de l'article 314-1 du code pénal qui incrimine le fait de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds ou biens remis et acceptés à charge de les rendre, représenter ou d'en faire un usage déterminé. S'il n'y a pas de remise, il ne peut y avoir abus de confiance.

Peut-être aussi pourrait-on se demander si la décision Kerviel, en tant qu'elle porte sur l'abus de confiance, ne constitue pas une interprétation excessive. Car, même si la loi n'exige pas que le prévenu se soit approprié la chose confiée ou qu'il en ait tiré un profit personnel, très souvent celui qui abuse le fait à des fins personnelles. Or, en l'espèce, le prévenu n'a tiré aucun profit personnel. Il a été reproché au trader d'avoir, dans ses fonctions d'opérateur de marché, détourné des fonds en prenant des positions spéculatives ayant porté sur plusieurs dizaines de milliards d'euros, en utilisant, au mépris de son mandat et au-delà de la limite autorisée, les moyens techniques qui lui étaient confiés. L'intéressé estimait que la banque avait eu connaissance des activités délictueuses, car l'ensemble des positions pouvait être visible en trois « clics ». Mais la cour d'appel avait écarté cette connaissance, de sorte que la culpabilité de l'intéressé a été retenue. On remarquera, là encore, que les juges ont tenu compte de l'utilisation des moyens techniques destinés à l'exécution de sa mission, et non pas d'une remise de fonds qui auraient été détournés. Ce sont les opérations spéculatives faites au nom de la banque qui ont entraîné la perte de milliards d'euros¹⁵. On notera qu'il y a une certaine con-

6 - Bull. n°202, AJ Pén. 2012, 35, B. Bouloc.

7 - Bull. n°94.

8 - Dr. pén. 2013, 1.

9 - Cass. crim., AJ Pén. 2013, 273, Lasserre Capdeville.

10 - Cass. crim., Rev. sociétés 2014, 55, note B. Bouloc ; Cass. crim., 2 sept. 2014, Bull. n° 178.

11 - Cass. crim., 21 mai 2014, n°13-83.758, Dr. pén. 2014, 106, Bull. n° 136.

12 - Cass. crim., 14 fév. 2007, Bull. n°48 ; Cass. crim., 19 sept. 2007, D. 2008, 958, note D. Rebut.

13 - Cass. crim., 19 juin 2013, JCP 2013, 933, obs. Détraz, Bull. n°14, RSC 2013, 813, Matsopoulou.

14 - Cass. crim., 16 oct. 2013, Bull. n°191, D. 2013, 2755, note Saenko.

15 - Cass. crim., 19 mars 2014, Bull. n°86, RTD Com. 2014, obs. B. Bouloc.

tradition dans l'arrêt, car sur l'action publique, il est dit que la banque n'avait pas connaissance des activités délictuelles, mais sur l'action civile, elle censure en raison des négligences de la banque. Comprenne qui pourra.

C - Troisième exemple : le faux en écritures. C'est un thème qui avait retenu mon attention en tant que chargé de cours à Dijon, et dont se souvient peut-être le président Tricot.

À première vue, la matière est restée classique. Un document soumis à discussion ne peut pas être un faux¹⁶, et il n'y a de faux punissable que si la pièce contrefaite est susceptible d'occasionner à autrui un préjudice¹⁷.

Toutefois, la Cour de cassation a considéré qu'une omission d'un bien dans un inventaire destiné au juge des tutelles constituait un faux¹⁸. La Cour a aussi jugé que constituait un faux la fabrication de factures sans cause, au nom de sociétés de façade¹⁹. Ces fausses factures ne pouvaient pas causer un préjudice à la société de façade.

Par ailleurs, dans l'affaire de pratiques commerciales ayant permis de dégager des marges arrières, il a été décidé qu'il y avait faux, alors que les factures mentionnaient des prix sous-évalués et étaient adressés à des filiales²⁰. En fait, il était prétendu qu'il s'agissait de pratiques commerciales dépenalisées, ce qui était exact, et relevait de l'article L. 442-6 du code de commerce.

Comme quoi, la disparition d'une incrimination spécifique ne fait pas obstacle à l'application du droit commun.

Il y a lieu aussi de relever que dans l'affaire Kerviel (19 mars 2014, Bull. n°86), il a été reproché à ce dernier un délit de faux, parce qu'il avait rédigé de faux courriels envoyés à une personne afin de justifier des achats fictifs en vue de l'arrêté des comptes de fin de mois. Le trader faisait valoir qu'il n'y avait pas de faux, car les écrits étaient soumis à discussions et à vérification de sorte qu'il ne pouvait pas s'agir d'écrits susceptibles d'entrer dans les prévisions de l'article 441-I du code pénal. Sans doute, la cour d'appel avait relevé que ces écrits avaient vocation à répondre aux attentes des services de

contrôle. Mais cela ne pouvait suffire. Pour rejeter le pourvoi, la Cour de cassation a relevé que les courriers électroniques en cause engageaient la banque du point de vue comptable, financier et juridique, et que, censés émaner de tiers, ces courriers étaient destinés à figurer dans la comptabilité de la banque. Aussi bien, ces courriers avaient des conséquences juridiques et étaient de nature à causer un préjudice à la banque. Soit. En réalité, ces documents étaient plus de nature à rassurer la banque (Cass. crim., 19 mars 2014).

La Cour de cassation a ultérieurement adopté une autre solution, par un arrêt du 2 septembre 2014²¹. À la suite d'une plainte pour fraude électorale, des poursuites étaient engagées à l'encontre d'un ancien maire d'une commune de Nouvelle-Calédonie et d'une élue du territoire pour avoir présenté des demandes d'inscription sur les listes électorales émanant de personnes plus ou moins inexistantes. À cette fin, les demandes étaient établies sur des documents administratifs puis présentées au maire, et devaient être ensuite examinées par la commission électorale. La cour d'appel de Nouméa avait retenu un délit de fraude électorale, mais aussi un délit de faux dans un document administratif. Mais la Cour de cassation a censuré l'arrêt en relevant, d'une part, qu'une demande d'inscription sur une liste électorale n'est pas un document administratif, même si l'on utilise un formulaire cerfa, et, d'autre part, et surtout, qu'une demande d'inscription sur une liste électorale établie unilatéralement par son auteur et devant être soumise au contrôle d'une commission électorale pour produire effet ne revêt aucune valeur probante. Ce faisant la Cour de cassation renoue avec une solution antérieure de 2002²².

De ces exemples, il ressort que la responsabilité pénale des personnes morales est recherchée selon les dispositions légales après avoir connu quelques extensions. En revanche, en matière d'abus de confiance, il y a des extensions certaines à propos de situations où il n'y avait pas de remise de biens en vue d'effectuer un usage déterminé.

Quant au faux, il a donné lieu à certaines extensions, mais l'arrêt du 2 septembre 2014 rappelle qu'il ne peut pas y avoir de faux quand

16 - Cass. crim., 13 fév. 2002, Bull. n° 29.

17 - Cass. crim., 6 sept. 2011, Gaz. Pal. 2012, 301.

18 - Cass. crim., 5 fév. 2008, Bull. n° 25.

19 - Cass. crim., 23 mai 2007, AJ Pén. 2007, 327.

20 - Cass. crim., 20 juin 2007, Dr. pén. 2007, n° 142.

21 - Bull. n° 177, n° 13-83.698, Lamy pénal & affaires, nov. 2014.

22 - Cass. crim., 13 fév. 2002, Bull. n°29, D. 2003, 448, note B. Bouloc ; v. aussi. Cass. crim., 7 mars 2012, Bull. n°66, AJ Pén. 2002, 282, obs. Gallois.

une personne établit un document pour elle-même et le présente à un tiers ou à un litige, ce tiers ou ce juge étant chargé d'en apprécier la teneur, de sorte que ce document n'a pas, en lui-même, d'effet probatoire.

Il y aurait aussi quelques mots à donner sur le blanchiment. La Cour de cassation a décidé que c'était un délit autonome²³. Mais elle a aussi décidé que l'auteur de l'infraction d'origine était aussi auteur du blanchiment²⁴. Pourtant, il ne peut y avoir blanchiment que si l'on facilite la justification mensongère de l'origine des biens, ou si l'on apporte un concours à une opération de placement, dissimulation ou conversion du produit d'un crime ou d'un délit²⁵. Investir des sommes provenant d'une fraude fiscale c'est blanchir. Mais en quoi le fraudeur apporte-t-il son concours à un placement? Il ne fait que placer.

Quoi qu'il en soit, le législateur a cru devoir instituer une présomption de produit direct ou indirect d'une infraction, quand l'opération de placement ne peut avoir d'autre justification que de dissimuler l'origine ou le bénéficiaire effectif de biens ou revenus (art. 324-1-1 C. pén.). Le Conseil constitutionnel n'a rien trouvé d'anormal à cette disposition. Peut-être a-t-il oublié qu'il existait une présomption d'innocence et que pour la Cour européenne des droits de l'homme une atteinte à l'article 6-II de la convention n'est justifiée qu'en cas d'enjeux importants. Mais un blanchiment punissable de cinq ans d'emprisonnement n'est pas un crime...

Ces précisions faites, penchons-nous sur le code de commerce.

II - Le code de commerce

Le code de commerce de mes années d'études ne comportait pratiquement pas d'infraction, car le droit des banqueroutes était sorti du code, et l'avait réintégré avec une ordonnance de 1958. Depuis l'ordonnance de septembre 2000 ayant procédé à une refondation du code de commerce, nombreuses sont les infractions qui y figurent. On ne retiendra ici que ce qui relève de l'activité d'une entreprise, en omettant ce qui concerne soit la liberté du commerce qui donne lieu aux interventions de

l'autorité de concurrence, laquelle sanctionne et n'empêche pas des poursuites contre les personnes physiques, et suscite des actions civiles en indemnisation ou en nullité devant les juridictions judiciaires ou administratives.

On ne retiendra pas non plus les infractions imputables aux commissaires aux comptes qui ont donné lieu à des décisions soit au titre des textes spécifiques soit en vertu du droit commun.

En revanche, vont être examinés deux grands secteurs : le droit pénal des sociétés et le droit des entreprises en difficulté, c'est-à-dire les banqueroutes.

A - Le droit pénal des sociétés

Ce droit pénal est dominé par les comptes infidèles et par les abus de biens sociaux. En fait de dépenalisation, il y a eu les lois du 11 octobre et du 6 décembre 2013. La première a ajouté aux peines complémentaires de l'article 249-I du code de commerce²⁶ la peine complémentaire de l'interdiction des droits civiques, civils et de famille. Quant à la seconde, elle augmente les pénalités d'emprisonnement et d'amende (7 ans et 500.000 €) en cas d'abus de biens ou du crédit réalisé ou facilité au moyen de comptes ouverts ou de contrats souscrits auprès d'organismes établis à l'étranger, ou par interposition de personnes ou de tout organisme, fiducie ou institution comparable, établi à l'étranger.

On remarquera qu'en cas d'abus de pouvoir ou de voix au sein d'une SARL ou d'une SA, SAS, l'aggravation de la pénalité ne s'applique pas.

Au-delà de ces évolutions législatives, qui ne pourront concerner que les agissements accomplis après l'entrée en vigueur de ces lois, il faut évoquer quelques décisions de la Cour de cassation.

En premier lieu, il s'agit des personnes susceptibles d'être poursuivies au titre d'un délit d'abus de biens. Ce peut être un dirigeant légal, mais aussi un dirigeant de fait. Cette notion doit normalement s'entendre de la personne qui se comporte comme le dirigeant de droit, c'est-à-dire celui qui prend les décisions importantes, comme la conclusion des contrats, le recrute-

23 - Cass. crim., 16 janvier 2013, Bull. n° 17.

24 - Cass. crim., 14 janvier 2004, Bull. n° 12, D. 2004.1377, note Ch. Cutajar, JCP 2004 II 10081, note H. Matsopoulou.

25 - Cass. crim., 20 fév. 2008, Bull. n° 43.

26 - Interdiction d'exercer une activité commerciale depuis la loi du 4/08/2008 ; la Cour de cassation a rappelé le 5/11/2014 (n° 13-85.751) que cette peine ne pouvait être prononcée pour des faits commis avant le 4 août 2008.

ment du personnel, dispose de la signature bancaire. Normalement, s'il y a un dirigeant de fait, c'est que le dirigeant de droit est une poche ou n'existe pas.

À cet égard, il est permis de constater que la Cour de cassation n'exerce pas toujours le contrôle des décisions des juges du fond, quand par exemple il est retenu pour caractériser une gestion de fait, la demande de catalogues ou la détention de documents bancaires, comme c'est le cas dans l'arrêt du 22 janvier 2014²⁷. Il arrive aussi parfois que soient retenus en même temps et le dirigeant légal et le dirigeant de fait, alors qu'à première vue un seul des deux dirigeants aurait pu être retenu. C'est ce que révèle un arrêt du 6 mai 2009²⁸, où il y avait des rémunérations excessives, des achats de biens et équipements à usage personnel, le gérant de droit étant le compagnon de la cogérante de fait.

Ces remarques faites, il y a lieu de signaler l'arrêt Zacharias du 16 mai 2012²⁹ qui avait trait à un abus de pouvoir retenu contre le président de Vinci. Eu égard aux excellents résultats obtenus sous sa présidence, l'intéressé souhaitait que la partie variable de sa rémunération soit dé plafonnée. Mais le comité des rémunérations n'avait pas fait droit à cette demande et le conseil d'administration avait suivi cette recommandation. Colère du président qui a évincé les membres hostiles du comité des rémunérations en les remplaçant par des personnes dévouées. Ce nouveau comité a émis une recommandation conforme aux souhaits du président, ce qui a été suivi par le conseil d'administration. Dans un premier temps, la qualification retenue était l'abus de biens, mais cela ne paraissait pas exact, car le conseil d'administration, maître de la rémunération, s'était prononcé. Aussi bien, la cour d'appel avait retenu l'abus de pouvoir suggéré par le parquet en appel. Cette requalification a été jugée satisfaisante, car elle restait dans la limite des faits retenus, et elle avait été proposée devant la cour d'appel en donnant lieu à un débat contradictoire. Ce que l'on peut dire c'est que l'opération visait à satisfaire un intérêt personnel, mais que l'on ne voit pas en quoi elle méconnaissait l'intérêt social.

Hors ce cas d'abus de pouvoir, de nombreuses décisions ont retenu des abus de biens

sociaux. On y trouve des dépenses personnelles³⁰ ou bien des comptes courants débiteurs, ou le détournement de chèques destinés à la société³¹ ou la rétrocession de sommes détournées³².

Parfois, les prévenus tentent de faire valoir leur bonne foi. C'est l'administrateur provisoire d'une société qui avait laissé en place l'ancien président, assisté d'un comité de direction, et qui surveillait de loin. La Cour de cassation a estimé qu'en procédant ainsi, il avait laissé se commettre les abus de biens, et donc ne pouvait bénéficier d'une relaxe³³. C'est aussi le cas du gérant d'une société dont l'associé unique est une autre société à qui étaient adressés les états de rémunération et les avis de prélèvement contrevenant aux avantages souscrits. La cour d'appel de Colmar avait considéré que le fait de la non-dissimulation des opérations soumises à l'associé unique de la société établissait la bonne foi. Mais la Cour de cassation, par un arrêt du 2 avril 2014 (n° 13-80.010), a censuré cette décision, car l'absence de dissimulation est sans effet sur la caractérisation des faits objet de la poursuite.

La chambre criminelle a également écarté comme justification l'existence de liens entre un GIE d'exploitation des carrières et des sociétés ayant pour objet l'exploitation et la commercialisation des ressources de la mer à St Pierre-et-Miquelon. Pour elle, il ne pouvait pas y avoir intérêt de groupe³⁴. Mais s'il existe des liens entre les sociétés et s'il y a respect des principes issus de la jurisprudence Roseblum, il ne peut y avoir délit d'abus de biens sociaux³⁵.

On peut aussi relever que la Cour de cassation a indiqué que le paiement d'une dette sociale n'est pas un abus de biens³⁶.

En troisième lieu, il faut rappeler la position de la jurisprudence en matière de prescription de l'action publique. Après l'ouverture du contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, certains plaideurs ou conseils ont cherché à faire contrô-

27 - Rev. sociétés 2014, 452, obs. B. Bouloc.

28 - n°08-86.378, D. 2010, 1667, obs. C. Mascala.

29 - n°11-85.150, Bull. n° 127, AJ pén. 2012.48, obs. B. Bouloc.

30 - Recherches sur l'origine de la famille, Cass. crim., 5 mars 2014, n° 13-80.350, Rev. Stés 14.588.

31 - Cass. crim., 16 déc. 2009, n° 08-88.305.

32 - Cass. crim., 8 avril 2010, n° 09-85.520, Bull. n° 62.

33 - Cass. crim., 22 sept. 2010, n° 09-87.363.

34 - Cass. crim., 16 janvier 2013, n° 11-88.852.

35 - Cass. crim., 27 novembre 2013, n° 12-84.956, Rev. sociétés 2014, 186.

36 - Cass. crim., 22 octobre 2014, n° 13-85.951.

ler par le Conseil les termes de l'article 7 du CPP, fixant au jour de la commission du délit le point de départ du délai triennal au terme duquel l'oubli s'impose. Mais la Cour de cassation en assemblée plénière a, le 20 mai 2011 (n°11-90.025), estimé qu'il n'y avait pas lieu à soumettre au Conseil la question, car il ne s'agit pas de l'interprétation d'une disposition constitutionnelle, et la prescription de l'action publique ne revêt pas le caractère d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République. Elle a, par la même décision, indiqué que les règles concernant la connexité sont connues, constantes et reposent sur des critères précis et objectifs³⁷. C'est du moins ce qu'ont suggéré le conseiller Prétot et aussi l'avocat général Cordier, et que la formation de l'assemblée plénière a approuvé.

Mais parfois la connexité est invoquée après coup³⁸.

Mais s'il n'y a pas de dissimulation, la Cour de cassation applique pleinement l'article 7 CPP³⁹. La question que l'on peut se demander est si cette jurisprudence pouvait être remise en cause par l'arrêt de la Cour de cassation (7 nov. 2014, n° 14-83.739) intervenu dans l'affaire des huit infanticides⁴⁰. La haute formation a considéré, après un premier arrêt de cassation du 16 octobre 2013 que la prescription est suspendue en cas d'obstacle insurmontable à l'exercice des poursuites. Il est à remarquer que la Cour suspend la prescription, alors que la poursuite n'a pas encore commencé !

Quoiqu'il en soit de cette anomalie, l'arrêt ne vise que l'article 7 al. 1 CPP, de sorte que la matière des délits qui figure à l'article 8 n'est pas concernée. Enfin, c'est mon opinion.

Il reste, enfin, à évoquer la question de l'action civile. En théorie, la jurisprudence décide depuis décembre 2000 qu'un associé ne saurait exercer d'action civile à titre individuel. Il ne peut agir qu'au titre de l'action sociale exercée *ut singuli*. Toutefois, la Cour de cassa-

tion a considéré par un arrêt du 5 décembre 2012⁴¹ que le liquidateur d'une société, en liquidation judiciaire, était en droit d'agir pour obtenir la réparation du préjudice subi du fait d'abus de biens. Elle a aussi décidé, le 4 avril 2012⁴², que des parties civiles d'un attentat au Pakistan étaient recevables à agir sur des faits dénoncés d'abus de biens sociaux et de corruption susceptibles de se rattacher par un lien d'indivisibilité aux faits d'assassinats. Il nous semble que le lien est très lointain et que le juge d'instruction comme la chambre de l'instruction avaient jugé en droit.

La Cour de cassation a également jugé qu'un associé pouvait exercer une action civile individuelle, à condition que cet associé puisse se prévaloir d'un préjudice personnel, distinct du préjudice subi par la société⁴³.

En fait, tout en se prononçant ainsi, la Cour de cassation écarte l'associé, car il ne dispose pas d'un préjudice distinct de celui subi par la personne morale. On peut constater un certain flottement dans la jurisprudence de la Cour de cassation. En tout cas, il conviendrait qu'il y ait plus de stabilité et que seule l'action sociale soit recevable qu'elle soit exercée *ut singuli* ou *ut universi*.

Dans un domaine voisin, celui des comptes infidèles, il y a lieu de signaler une décision du 1^{er} juillet 2009⁴⁴ ayant jugé que des manipulations comptables destinées à dissimuler des prélèvements injustifiés en les enregistrant comme des créances de la société sur des tiers, affectent la fidélité et la sincérité des comptes.

Le 30 octobre 2013⁴⁵, la chambre criminelle a approuvé le non-lieu retenu par une chambre de l'instruction, car le cabinet d'expertise chargé d'un audit n'avait pas eu connaissance de la comptabilisation de factures fictives qui auraient rendu les comptes non sincères. Il est vrai que dans cette affaire, il était aussi reproché des délits d'initiés ayant donné lieu à enquête par l'AMF qui, semble-t-il, n'avait pas débouché sur des sanctions.

37 - Parfois, la connexité est invoquée après coup : v. Cass. crim., 14 nov. 2013, Rev. sociétés 2014, 123, obs. B. Bouloc.

38 - Cass. crim., 14 novembre 2013, Rev. sociétés 2014.123, obs. B. Bouloc.

39 - Cass. crim., 30 janvier 2013, n°12-80.107, Rev. sociétés 2013, 371, note H. Matsopoulou ; Cass. crim., 22 janv. 2014, n°12-87.170, Rev. sociétés 2014, 522, obs. B. Bouloc ; augmentation de capital non dissimulé.

40 - D. 2014.2498, obs. R. Parizot, D. 2014.2469, obs. Saenko.

41 - Bull. n°271, Rev. sociétés 2012, 305, obs. B. Bouloc, n° 11-85.838.

42 - Rev. sociétés 2012, 445, obs. H. Matsopoulou, JCP 2012 ; n° 23-67.404, obs. Cutayar.

43 - Cass. crim., 5 juin 2013, AJ Pén. 2013, 674, obs. Gallois ; crim. 25 fév. 2014, n° 12-85.693.

44 - Rev. sociétés 2009, 859, note B. Bouloc.

45 - Rev. sociétés 2014, 248, note B. Bouloc.

De ces observations, il est possible de déduire que les délits de société continuent sur leur lancée, sans véritables innovations, sauf quant à l'exercice de l'action civile.

Qu'en est-il de l'autre secteur du code de commerce applicable aux entreprises en difficulté ?

B - La banqueroute

La banqueroute était une infraction grave, exposant aux travaux forcés ou à de l'emprisonnement sans peine d'amende, car par hypothèse l'intéressé n'avait pu faire face à ses obligations et le peu de patrimoine restant devait servir à tenter d'indemniser les créanciers. Mais depuis 1958, les pénalités ont été adoucies et une sanction pécuniaire a été mise en place. Jusqu'à la loi du 25 janvier 1985, il y avait banqueroute en cas de personne physique ou morale en état de cessation des paiements, cette notion était appréciée par le juge pénal, sans être tenu par les décisions prises par le juge commercial. On pouvait être condamné pour banqueroute, sans que l'on soit en faillite pour le juge commercial. Par ailleurs, il y avait une distinction entre la banqueroute simple et la banqueroute frauduleuse. La loi du 25 janvier 1985 a un peu dépénalisé certains agissements qui sont devenus des cas de faillite personnelle, puis elle a simplifié les banqueroutes qui sont devenues « une », en retenant essentiellement les cas de banqueroute frauduleuse d'avant. En outre, et pour éviter les situations ubuesques provenant de décisions des juges commerciaux et pénaux, l'article 197 de la loi a exigé pour qu'il y ait banqueroute l'ouverture d'une procédure collective de redressement judiciaire, devenue par la suite ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire (art. L. 654-2 C. com.).

Au regard de ce texte, j'avais indiqué que le principe d'indépendance du juge pénal avait vécu et, de plus, qu'il s'agissait d'une règle de fond. Mais, afin de ne pas innocenter ceux qui avaient détourné des éléments d'actif ou avaient eu recours à des moyens ruineux pour se procurer des fonds, et du fait de l'abrogation de l'ancienne législation, la Cour de cassation a considéré que la nécessité de l'ouverture d'une procédure collective était une condition préalable à l'exercice de l'action publique, et donc était une règle de procédure ne pouvant avoir aucun effet sur les poursuites engagées avant son entrée en vigueur. Cela permettait d'éviter de censurer des décisions ayant statué conformément au droit applicable.

Mais depuis, la Cour de cassation aurait pu s'interroger sur la nature de cette prétendue règle de procédure qui ne figure pas dans l'article L. 654-16 du code de commerce, lequel fixe le point de départ de la prescription au jour du jugement ouvrant la procédure alors qu'elle figure à l'article L. 654-2 du code de commerce.

Aussi bien, la chambre criminelle, par un arrêt du 24 mars 2010⁴⁶, a approuvé la cour d'appel de Poitiers d'avoir retenu le délit de banqueroute à l'encontre d'une personne qui avait formé un pourvoi contre l'arrêt commercial et avait obtenu une cassation. Pour la Cour de cassation, la procédure collective était exécutoire au moment des détournements, et le jugement d'ouverture était seulement une condition préalable à l'exercice de l'action publique.

Cette dernière indication paraît superflue puisque pour les juges du fond, il existait un jugement d'ouverture de la procédure, car la cassation de l'arrêt d'appel laissait subsister le jugement du tribunal de commerce. Bien évidemment, si après cassation, la cour de renvoi infirmait la décision d'ouverture, et ce, de manière définitive, une autre solution aurait peut-être pu être admise. Du moins sur le plan de la logique juridique et de la légalité.

Mais telle n'est pas la solution qu'a consacrée la Cour de cassation par un arrêt du 23 mai 2013⁴⁷. En l'espèce, une société spécialisée dans la fabrication et la commercialisation de chaussures de luxe, après un placement en redressement judiciaire, avait fait l'objet d'un plan de cession au profit d'une société détenue par une holding dirigée par une personne détenant la quasi-totalité du capital.

Après trois exercices déficitaires, le dirigeant suprême a estimé qu'il ne convenait plus de soutenir la société. Il a demandé au président de faire étudier un dépôt de bilan, et au bout de deux à trois mois, le dossier était déposé au tribunal de commerce. Durant cette période, des opérations ont été menées : remboursement d'une partie du compte courant de la société mère, cession de la marque et quelques autres opérations.

Le jugement d'ouverture de la procédure retenait la date de son prononcé, sans report qui aurait permis d'inclure les opérations effectuées un mois auparavant.

46 - n°09-84.599, D. 2010, 1204.

47 - Rev. sociétés 512, obs. B. Bouloc.

Eu égard au fait du dépôt de bilan, dans une ville très moyenne, une procédure pénale a été ouverte. Différentes personnes ont été entendues et en particulier l'expert-comptable, les commissaires aux comptes et toutes personnes ayant pris part à la mise en œuvre du dépôt de bilan.

Découvrant les ennuis de cette procédure, le dirigeant suprême, qui avait décidé de ne plus soutenir la société, a estimé plus judicieux de prendre en charge tout le passif. Finalement, avant la clôture de l'instruction, et *a fortiori* avant la saisine du tribunal correctionnel, un arrêt de la cour d'appel de Grenoble clôture la procédure pour extinction du passif. On sait qu'une telle décision non seulement met un terme à la procédure, mais fait renaître la société. Il n'y a plus de dessaisissement et la clôture de la procédure annule tous les effets du jugement d'ouverture et rétablit les dirigeants dans tous leurs droits (art. L. 653-11 C. com.).

Il était donc permis de penser que du fait de la disparition du jugement d'ouverture, il n'y avait pas lieu de statuer sur les faits de banqueroute. Mais ni la cour d'appel ni la Cour de cassation n'ont fait droit à un tel argument. La chambre criminelle s'est bornée à rappeler que l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire n'est qu'une condition préalable à l'exercice des poursuites et que les prévenus ne sauraient se faire un grief de ce que la cour d'appel avait fixé la date de cessation des paiements à la date qui leur était plus favorable. En fait, cela avait permis de remonter un peu plus d'un mois avant la date que le juge commercial avait retenue.

Il est à noter également que la cour d'appel avait requalifié les faits retenus contre le dirigeant du groupe. De dirigeant de fait, il était seulement retenu comme complice.

La Cour n'avait donc pas à rechercher quel était son rôle, car le détenteur de capitaux n'est pas un dirigeant de fait, même s'il n'entend plus soutenir l'activité d'une société accumulant depuis trois ans des pertes. Il était reproché à la cour d'appel de ne pas avoir mis à même le prévenu de se défendre sur la nouvelle qualification. Mais la Cour de cassation a considéré, nonobstant la jurisprudence de la CEDH, intervenue le 25 mai 1999, précisément à propos d'une requalification d'auteur en complice en matière de banqueroute, que la complicité de banqueroute était dans le débat.

Ces deux solutions ne sont guère satisfaisantes, car lorsqu'un acte administratif est annulé, il n'y a plus de base légale pour une

condamnation au titre d'une conduite en raison d'un permis invalidé, comme l'a rappelé encore un arrêt du 4 mars 2014 (Bull. n°64). Par ailleurs, ne pas donner la possibilité de se défendre sur la nouvelle qualification sera censuré par la Cour de Strasbourg. On observera d'ailleurs que la Cour de cassation a censuré un arrêt de la cour d'appel du 30 avril 2014 (n° 13-82.425) en raison de cette même considération.

Quant aux faits proprement constitutifs de banqueroute, on trouve le recours à des moyens ruineux de se procurer des fonds, notamment par émission de traites fictives dont la mise à l'escompte permet d'obtenir temporairement des disponibilités. S'y ajoutait le détournement des chèques destinés à la société. Les critiques formulées tendaient à remettre en cause l'appréciation faite par la cour d'appel. Aussi bien, la Cour de cassation a rejeté les critiques formées⁴⁸. Les juges du fond doivent cependant relever ce qui, en soi, fait que le moyen est ruineux, et que ce moyen était mis en œuvre en vue de maintenir artificiellement l'existence d'une entreprise subissant des pertes. Les moyens ruineux peuvent être des conventions de portage⁴⁹.

Évidemment, il y a aussi beaucoup de détournements d'actifs, lesquels n'exigent pas que l'auteur ait agi dans son intérêt personnel. Dans l'arrêt précité du 23 mai 2013, il était reproché des détournements d'actifs. Il y a lieu à cette qualification quand des véhicules sont vendus à un prix inférieur à leur prix d'acquisition⁵⁰.

On rappellera que la distinction entre détournement d'actif et abus de biens sociaux résulte du moment auquel est accomplie l'opération. Avant la cessation des paiements, c'est de l'abus de biens, et après c'est du détournement d'actif⁵¹. Mais il peut arriver que soit retenue la qualification de banqueroute quand les actes en cause antérieurs à la cessation des paiements ont affecté la consistance de l'actif disponible et mis l'intéressé dans l'impossibilité de faire face au passif disponible⁵². C'est dire qu'il n'y a pas de cohérence.

48 - Cass. crim., 27 juin 2012, Rev. sociétés 2013, 172, note B. Bouloc.

49 - Cass. crim., 30 oct. 2013, Rev. sociétés 2014, 249.

50 - Cass. crim., 20 oct. 2004, Bull. n° 249.

51 - Cass. crim., 6 juin 2007, Rev. sociétés 2008, 405, note B. Bouloc.

52 - Cass. crim., 18 juin 1998, Rev. sociétés 1998, 817, note B. Bouloc.

Parmi les faits de banqueroute, on trouve aussi des actes concernant la comptabilité, notamment lorsqu'elle est incomplète, peu important que cette comptabilité soit antérieure à la cessation des paiements.

Il reste enfin à signaler qu'en ce qui concerne l'exercice de l'action civile, la loi a déterminé quelles personnes pouvaient agir en mettant l'action publique en mouvement. Un créancier n'est plus mentionné. Mais la Cour de cassation a admis qu'un créancier pouvait se constituer partie civile dès lors qu'il se prévaut d'un préjudice particulier et spécifique, depuis un arrêt de 1993. Mais il n'y a pas de préjudice spécifique autorisant une constitution de partie civile quand le créancier réclame devant le juge pénal les sommes qu'il a déclarées dans la procédure commerciale. C'est ce qu'a indiqué la cour d'appel, puis la Cour de cassation, par un arrêt du 17 juin 2014 (n° 13-83.288). Dans cette affaire, l'avocat avait annexé à son mémoire la copie d'un état de production (datant de quatre ans). C'était maladroit. La constitution aurait peut-être pu être recevable, s'il avait été demandé la réparation d'un préjudice moral, alors que le préjudice matériel avait donné lieu à production dans la procédure collective. En revanche, a été admis dans sa constitution de partie civile le cessionnaire des actifs d'une société en redressement judiciaire⁵³.

Ainsi, on voit que dans le domaine de la banqueroute, il n'y a pas d'avancée favorable. Les juges du fond appliquent strictement la loi, et la Cour de cassation n'a pas consacré d'innovation susceptible d'assouplir la rigueur des textes.

J'en viens alors à mon troisième thème qui a trait au code monétaire et financier.

III - Le code monétaire et financier

Ce code est un peu complexe, car il traite à la fois des chèques sans provision, de la réglementation propre aux professionnels des services d'investissement et des délits d'initiés.

On s'intéressera uniquement à cette dernière catégorie d'infraction, parce qu'elle concerne parfois des dirigeants de sociétés.

À première vue, il n'y a rien de nouveau. Il y a certes des délits, mais aussi des manquements d'initiés.

On sait que cette double voie a été admise depuis 1989 et qu'en théorie, les manquements n'impliquent pas d'élément intentionnel, à la différence des délits. Mais c'est sans doute une vision théorique, car la CJUE a donné une définition objective du délit⁵⁴.

S'agissant des délits, il est parfois indiqué que la définition n'est pas très précise ou bien qu'elle ne permet pas d'avoir une vision prévisible de ce qui est interdit. Dans le raid sur la Société Générale de 1988, raid encouragé par les pouvoirs publics, plusieurs intervenants avaient été mis en examen, mais seuls quatre prévenus étaient renvoyés devant le tribunal. Finalement, un seul était condamné par la cour d'appel de Paris, le financier international G. Soros. Il s'est pourvu devant la Cour européenne de Strasbourg, et malgré une première approche favorable, son recours a été rejeté par un arrêt du 6 octobre 2011⁵⁵. Il a été jugé que la loi applicable en France de 1988 était claire et suffisamment prévisible.

Par ailleurs, suite à une demande de l'Autorité, une loi du 22 octobre 2010 a permis à l'Autorité de faire une proposition de composition administrative. C'est une sorte de transaction. Il s'agit d'un accord avec le secrétaire général de l'Autorité, qui doit être validé par le collège, puis en cas de validation doit être homologué par la commission des sanctions.

On pourrait regretter que les dispositions de l'article L. 614-1 et R. 621-37-2 ne fassent pas état du procureur qui, lui, pourrait, nonobstant la composition administrative, poursuivre un délit, du fait de la transmission de l'enquête.

Cela étant, il faut évoquer la question du cumul des sanctions, car la Cour de cassation a estimé que rien ne s'opposait à cette situation, par un arrêt du 22 janvier 2014⁵⁶. Toutefois, dans une affaire concernant l'Italie, la Cour européenne des droits de l'Homme a estimé qu'il ne saurait y avoir double poursuite.

Par l'arrêt du 22 janvier 2014, la chambre criminelle a jugé qu'une personne poursuivie pour entrave au fonctionnement régulier d'un marché d'instruments financiers, par manœuvres induisant autrui en erreur, pouvait faire l'objet d'une sanction pénale, quand bien même elle aurait fait l'objet antérieurement d'une sanction pécuniaire par l'AMF. L'intéressé

53 - Cass. crim., 30 oct. 2013, n° 12-86.707.

54 - CJUE, 23 déc. 2009, D. 2010, 85, obs. A. Lienhard.

55 - Rev. sociétés 2012, 180, note H. Matsopoulou.

56 - Bull. n°22, Rev. sociétés 2014, 321, note B. Bouloc.

invoquant l'article 4 du protocole additionnel n° 7 à la CEDH et l'article 50 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ainsi que l'article 14-7 du pacte international sur les droits civils et politiques. La cour d'appel de Paris avait rejeté la nullité de la citation directe, en prenant appui sur les réserves faites par la France relativement à l'article 4 du protocole 7 additionnel, et en observant que les arrêts invoqués concernaient des pays n'ayant pas fait les mêmes réserves. Les critiques formées devant la cour d'appel étaient invoquées devant la Cour de cassation qui les a rejetées. Elle énonce que l'article 50 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne s'oppose pas à ce qu'une personne sanctionnée pour un manquement relevant de la compétence de l'AMF puisse en raison des mêmes faits être poursuivie et condamnée pour un délit, car ce cumul garantit la sanction effective proportionnée et dissuasive au sens de l'article 14-1 de la directive du 28 janvier 2003 dont dépend la réalisation de l'objectif d'intérêt général reconnu par l'Union européenne.

Comme nous l'avions observé, la Cour de justice de l'Union européenne, par une décision du 26 février 2013, n'avait pas condamné le cumul d'une sanction pénale et d'une sanction fiscale⁵⁷.

Soit, mais il nous semblait nécessaire de mieux harmoniser ces deux voies, notamment par une concertation entre le procureur et le secrétaire général de l'AMF.

Mais postérieurement à cette décision, la Cour européenne des droits de l'Homme de Strasbourg, dans une affaire *Grande Stevens c/ Italie* du 4 mars 2014⁵⁸ a considéré que les réserves d'application de l'article 4 du protocole 7 en raison de leur généralité n'étaient pas valables. Aussi bien, la Cour a jugé que les personnes sanctionnées au titre de sanctions administratives pour diffusion de fausses informations ne pouvaient pas être poursuivies devant des juridictions pénales, à raison des mêmes faits. Comme on a pu l'observer, l'arrêt de la Cour européenne produisant un effet direct devrait amener le droit français à évoluer, et conduire à un choix entre sanction administrative et sanction pénale, ce choix pouvant être mis en œuvre par le procureur financier, notamment en cas d'agissements frauduleux.

57 - AJ Pén. 2013, 270, note C. Copain, AJDA 2013, 1154.

58 - RTD financier 1/2014, Bull. Joly Bourse 2014, 209, note N. Rontchevsky.

Mais en France, cette décision, saluée par de nombreux commentateurs, a laissé nos juges indifférents. La chambre criminelle, par un arrêt du 25 juin 2014⁵⁹, a considéré que le cumul était possible entre les sanctions fiscales et les sanctions pénales. Et c'est le Conseil constitutionnel qui, par une décision du 24 octobre 2014⁶⁰, a indiqué que le principe de nécessité du péril n'interdit pas au législateur de décider que les mêmes faits commis par une même personne peuvent donner lieu à des sanctions de nature pénale et de nature disciplinaire. Il a cependant ajouté, comme cela avait été dit en 1989, que le montant global des sanctions prononcées ne doit pas dépasser le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues, les juridictions devant veiller au respect de cette exigence.

Ainsi nos juges répressifs et constitutionnels estiment que la règle *non bis in idem* ne peut pas être invoquée quand les textes en concours, à propos d'une action unique ou pour des faits identiques, répondent à des objectifs différents. Bref, *non bis in idem* ne concerne que des faits susceptibles de sanctions proprement pénales. D'ailleurs, c'est ce qu'il ressort de l'article 14-7 du pacte des Nations-Unies sur les droits civils et politiques et de l'article 50 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁶¹.

Une autre question concerne le point de savoir si une sanction prononcée par la commission des sanctions de l'AMF, et faisant interdiction définitive à une personne d'exercer une activité de gestion pour le compte de tiers, pouvait donner lieu à relèvement. Une personne avait été sanctionnée par cette peine par la COB en 2002. Son recours devant le Conseil d'État avait été rejeté. L'intéressé s'était pourvu devant la Cour européenne de Strasbourg qui constata une triple violation de la Convention : pas de débats publics, absence de connaissance des personnes faisant partie de la formation de la COB et présence du commissaire au gouvernement au délibéré⁶². L'intéressé avait saisi

59 - n°13-87.692, DC pénal 2014, 122, note JH Robert.

60 - JO 26 oct. 2014, p. 17776.

61 - Toutefois, le Conseil constitutionnel, par une décision du 18 mars 2015 (JO 20 mars 2015), a considéré que les délits d'initiés et les manquements d'initiés avaient des sanctions comparables et relevaient des juridictions de l'ordre judiciaire pour les non-professionnels. Aussi il a jugé que les art. L. 465-1 et L. 621-15 C. monét. fin. méconnaissaient le principe de nécessité des délits et des peines. Il a en conséquence suspendu les poursuites en cours et fixé au 1er sept. 2016 la date d'abrogation des dispositions concernées.

62 - CEDH 20 janv. 2011, n° 30183/06 Vernes / France.

l'autorité des marchés financiers en vue d'un réexamen de la sanction et subsidiairement d'un relèvement en vertu de ses pouvoirs de délivrance des agréments. Refus. Cependant, sur recours, le Conseil d'État, par un arrêt du 30 juillet 2014⁶³, n'a pas remis en cause la décision de justice passée en force de chose jugée, mais il a indiqué qu'une autorité pouvait envisager le relèvement d'une sanction dont la poursuite de l'exécution méconnaîtrait les exigences de la Convention. L'autorité des marchés financiers pourra donc, non pas annuler la décision antérieure, mais examiner si la mesure peut donner lieu à relèvement partiel ou total, mais sans donner lieu à indemnisation.

Bref, la Cour européenne de Strasbourg a été entendue. Il faut dire, d'une manière plus générale, que les peines perpétuelles et définitives ne sont plus appréciées en Europe ou en France.

Dernier point, la Cour de cassation considère que les délits d'initiés peuvent causer un préjudice personnel et direct aux actionnaires, de sorte qu'ils peuvent se constituer partie civile⁽⁶⁴⁾. C'est un peu curieux, car il semble que les associés se plaignent de ne pas avoir pu bénéficier de l'information favorable ou défavorable.

Cela étant, quand on est initié primaire ou secondaire, il faut s'abstenir de toute opération tant que l'information n'a pas été répandue dans le public.

Il me reste à évoquer le code général des impôts.

IV - La matière fiscale

En matière de délits fiscaux, on trouve des décisions concernant l'absence de déclaration. Il y a aussi un arrêt de la chambre criminelle du 25 juin 2014 (n°13-87.692) qui a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel une question portant sur l'article 1741 CGI qui autorise le cumul entre une sanction administrative et une sanction pénale, sans en fixer le montant global plafonné au montant le plus élevé d'une des sanctions encourues. Il était demandé s'il n'y avait pas là une violation du principe de proportionnalité des peines.

Mais la Cour de cassation a considéré que la question n'était pas sérieuse, car le juge judiciaire est tenu de respecter le principe posé par le Conseil constitutionnel selon lequel le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne doit pas dépasser le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues.

La réponse n'est guère satisfaisante, car la sanction fiscale n'a pas de montant maximum prédéterminé.

Outre cette décision, il faut évoquer la loi du 6 décembre 2013 qui a trait à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière. Dans le chapitre concernant les atteintes à la probité, l'article 2 de la loi étend à 15 ans la durée temporaire de l'interdiction d'exercer une activité commerciale ou de diriger une société (art. 131-27 C. pén.).

L'article 5 de la loi comporte en revanche une mesure favorable aux personnes ayant tenté de commettre un blanchiment, si elles avertissent les autorités et permettent d'éviter l'infraction. Il y aura alors exemption de peine ; dans d'autres situations, il peut y avoir réduction de peine.

Mais dans les articles 432-10 et 432-12, la peine d'amende passe de 75.000 € à 500.000 €. En cas de détournement de biens ou de soustraction de titres, l'article 432-15 élève l'amende de 150.000 € à 1.000.000 € pouvant être portée au double du produit de l'infraction. En matière de délit de favoritisme, l'amende passe de 30.000 € à 200.000 €.

Puis le chapitre II de la loi établit un nouvel article 324-1-1 qui édicte une présomption de produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit quand il n'y a pas d'autre justification à l'opération de placement de dissimulation ou de conversion que de dissimuler l'origine ou le bénéficiaire effectif des biens ou revenus présumés blanchis.

L'article 1741 du CGI comporte aussi des peines aggravées en cas de bande organisée, de fausse identité ou de domiciliation fiscale à l'étranger. La sanction est de sept ans d'emprisonnement et de 2 millions d'euros d'amende.

D'autres dispositions complètent le CGI et le livre des procédures fiscales, afin de mieux appréhender l'existence de trust. Le droit de transaction de l'administration de l'article L. 247 du livre des procédures fiscales est limité.

Une meilleure coordination des services judiciaires et des services de l'administration

63 - n°358564, RLC 2014/41, p. 64 obs. P. Idoux.

64 - Cass. crim., 11 déc. 2002, Bull. n° 224, Rev. sociétés 2003, 145, obs. B. Bouloc ; Dr. pén. 2003, 35, obs. JH Robert ; v. aussi ayant admis une constitution de partie civile : Cass. crim., 30 oct. 2013, Rev. sociétés 2014, 248.

provient de la modification des articles L. 82 c et L. 101 du livre des procédures fiscales.

Afin de prévenir la fraude, la loi institue des règles pour les lanceurs d'alerte. Elle protège les dénonciateurs de bonne foi. Mais elle est un peu imprécise quant aux faits dénoncés, qui auraient dû être reconnus objectivement.

Outre des dispositions concernant le code des douanes, en imposant à des autorités administratives de communiquer au fisc des éléments d'information qu'elles détiennent (art. 52 de la loi), la loi modifie le code de procédure pénale et le code de l'organisation judiciaire. Ainsi est institué un procureur financier à côté du procureur de la République de Paris.

Le procureur de la République financier a une compétence nationale (art. 705 CPC), tout en étant placé sous l'autorité du procureur général de Paris, lequel a une compétence limitée.

L'article 704 CPP sur les JIRS est complété. Et surtout le nouvel article 705 précise la compétence du procureur financier. On y trouve les délits d'atteinte à la probité quand ils sont d'une grande complexité en raison du grand nombre des auteurs, complices ou victimes ou du ressort géographique sur lequel ils s'étendent. La même condition s'applique pour les délits électoraux, les escroqueries à la TVA.

Figurent aussi les délits prévus aux articles 435-1 à 435-10 C. pén., les délits de fraude fiscale des articles 1741 et 1743 CGI et le blanchiment des infractions ainsi visées.

L'article 705-1 CPP donne aussi compétence pour les délits d'initiés et de manipulation des cours des articles L. 465-1 et 465-2 C. monét. fin.

Si une juridiction normale est saisie des faits décrits à l'article 705 CPP, le procureur de la République peut demander au juge d'instruction de se dessaisir. Le juge statue entre huit jours et un mois et sa décision ne prendra effet que cinq jours plus tard, afin de permettre un recours porté devant la chambre criminelle à la demande du procureur ou des parties.

L'article 706-1-1 CPP renvoie aux règles de procédure des articles 706-80 à 706-87, 706-95 à 706-103 pour la poursuite, l'instruction et le jugement de certaines infractions criminelles.

Ces mêmes articles s'appliquent pour les délits du dernier alinéa des articles L. 241-3 et L. 242-6 C. com. (art. 706-1-2 CPP), c'est-à-dire les abus de biens sociaux. Sont applicables des opérations d'infiltration, des écoutes téléphoniques, enquêtes préliminaires autorisées par le

JDL, la sonorisation de véhicules. Les délits de société sont traités comme des opérations d'acheminement et de livraison de produits stupéfiants ! Heureusement il n'y a pas l'article 706-88 sur la GAV de 96h !

Le Conseil constitutionnel a approuvé de telles dispositions qui m'apparaissent imprécises. Qu'est-ce que le grand nombre de participants : trois personnes ? et, en tout cas, excessives. Un abus de biens sociaux par un gérant de SARL peut-il justifier des opérations d'infiltration ou de sonorisation de véhicules ? N'y a-t-il pas disproportion ?

Sans doute, du fait du renvoi aux articles 706-73 et 706-74, on devrait normalement retenir ces particularités en cas d'infraction commise en bande organisée. Mais aujourd'hui la plupart des infractions sont considérées comme commises en bande organisée, notion jugée claire par le Conseil constitutionnel le 2 mars 2004.

Tel est l'état des lieux qu'il m'est apparu utile de vous présenter.

* *

En conclusion, que ce soit par la loi ou par la jurisprudence, le droit pénal des affaires n'est pas en voie de décroissance. À la différence de l'économie, il croît. On a pu cependant noter quelques îlots satisfaisants. C'est le cas de la responsabilité pénale des personnes morales où il y a application normale de la loi. Parfois, il y a une certaine influence de la Cour européenne des droits de l'Homme, mais la Cour de cassation ou le Conseil constitutionnel font une certaine résistance. Quant au législateur, il a plutôt aggravé certaines sanctions, et ce n'est pas l'introduction de la transaction ou de sanctions administratives par la loi du 17 mars 2014⁶⁵ qui adoucira les sanctions prononcées par l'Autorité de la concurrence. Donc, la dépenalisation est en panne depuis 2004. Alors, pour ne pas tomber dans les difficultés, il importe de respecter les lois toujours trop nombreuses ou bien d'aller dans un monastère et de prier pour que notre passage sur terre s'accomplisse dans les meilleures conditions.

65 - Art. L. 141-1-2 C. consom., art. L. 121-22 et L. 121-22-1 C. consom., art. L. 465-1 et L. 465-2 C. com.