B) La thèse du genre nécessaire de la pénalisation de la vie des affaires.

Ils considèrent simplement **que la pénalisation de la vie des affaires est un mal nécessaire.**
On a deux arguments :

-**Argument de sécurité** : le délinquant d'affaire peut menacer les structures de l'état, de la vie économique. ➔ Il menace les institutions étatiques, et l'ordre public dans le monde des affaires.
Dans les affaires ce qui prédomine c'est l'argent et le profit.
La vie des affaires est de plus en plus imprégnée de l'argent de la criminalité et on retrouve le même schéma que l'on voit dans l'organisation des mafias. ➔ *Cela déstabilise les économies.*
Les corruptions sapent totalement les démocraties, qu'elles soient de pays émergent ou pas.

-**Argument d'équité** : fondé sur le principe d'égalité des citoyens devant la loi pénale. Il faut traiter également l'escroc d'affaire et l'escroc de droit commun.

§2) L'envahissement du droit pénal dans la vie des affaires.

A) L'envahissement dans le temps.

Dans l'ancien droit, il y avait une assez forte pénalisation dans le droit des affaires.
On ne la retrouve pas dans le code Napoléonien où il n'y en avait pratiquement pas.
A partir des années 45, le droit pénal a commencé à faire une entrée notable dans la vie des affaires.
On a parlé de furie répressive du législateur en matière d'affaire. Ce phénomène a touché tous les volets de la vie des affaires et en particulier le droit des sociétés.
Loi de 46 comprend plus de 200 infractions. Elles étaient liées à la paresse législative.

⇨ L'envahissement a été majeur.

B) D'un point de vu quantitatif.

On été incapable de recenser le nombre d'infractions pénales des affaires. On pouvait arriver à un nombre colossal.
Cette *sur criminalisation* nuit à l'efficacité du droit pénal des affaires.
L'envahissement est lourd d'inconvénients.

C) D'un point de vue qualitatif

Ce droit pénal des affaires est-il un bon droit ?
C'est un droit pénal de très mauvaise qualité.
Les textes d'incriminations ne donnent pas de définition adaptée.
Ex : En matière de comptabilité, le délit ce n'est pas le faux bilan, c'est la présentation de compte infidèle.

§3) La dépénalisation dans la vie des affaires

Est apparu à partir de 1980 la nécessité de faire **une dépénalisation de la vie des affaires.**
La nécessité de dépénalisation ne fait aucun doute, mais il y a deux façons de procéder à cela.

-**On a un mode qui consiste à reprendre les incriminations préexistantes pour les réécrire et les préciser**, pour permettre une application de ces incriminations.
On supprime un nombre d'infraction et on reprend la rédaction pour assurer la certitude de la sanction pénale.

-**On retire la sanction pénale sur abondante qui assortissait telle ou telle règle, pour la remplacer par des sanctions extra pénales.**
➔Ce peut être l'interdiction de gérer, la faillite personnelle, on peut prévoir des sanctions administratives qui vont se traduire par des sanctions pécuniaires, des amendes, qui vont être prononcées par des autorités administratives indépendantes
Ex : Sanction pécuniaire prononcé par l'Autorité de concurrence, sanction prononcé par l'AMF en matière de délit d'initié ➔*Le **délit d'initié** est un délit boursier que commet une personne qui vend ou achète des valeurs mobilières en se basant sur des informations dont ne disposent pas les autres.*
Ces sanctions atteignent des montants exorbitants.
On enlève la sanction proprement dite, mais il y aura d'autres sanctions plus adéquates, mieux adaptées.

Ex : Une loi de 1975 a décriminalisé l'émission d'un chèque sans provision.
Ex : En 1986, on a dépénalisé le droit de la concurrence.
Ex : La loi sur les nouvelles régularisations économiques (NRE). ➔ On a dépoussiéré le droit pénal, on exclu le défaut d'information des actionnaires etc.
On a toujours eu un transfert de sanction. ➔ **On déplace pour améliorer le système juridique.**

§4) L'impact de la dépénalisation.

Ce mouvement a atteint un pic en janvier 2008.
➔Une commission COULON, nommée par le Président de la République a été chargée d'étudier la dépénalisation du droit des affaires.
Au départ on pensait que cela entrainerait une dépénalisation massive. Ce rapport n'a pas été suivi d'effet. Dans les années 2007, 2008, on a eut une volonté de dépénalisation mais il y a eut sans cesse de nouvelles incriminations.

Section 2 : L'objet des sources.

Les sources, ce sont les textes créant les incriminations.

§1) L'objet.

Les infractions peuvent être rangées en deux grandes catégories.

A) Les Infractions communes.

Elles peuvent toutes être commises dans un contexte d'affaire. Toutes ces infractions sont incriminées dans le code pénal.

B) Les infractions particulières.

On a deux grandes masses :
-On a **les infractions commerciales économiques et financières.**
-On a **les infractions sociales.**

Pour les premières, il y a les infractions commerciales au sens large, tout le droit pénal de la profession commerciale, le droit pénal des sociétés.
Les infractions économiques, tendent à protéger les structures de production, droit pénal de la consommation, tout le droit pénal des fraudes, qui figurent dans le code de la consommation.
Le droit pénal financier recouvre le droit pénal douanier, boursier.
Chacune de ces sous branches est intense.

Les infractions sociales, sont celles qui concernent le droit du travail, toutes les infractions qui portent atteinte à la qualité de la vie, le droit pénal de l'environnement.
L'objet du droit pénal des affaires, soulignent que les sources du droit pénal peuvent être variées.

§2) Les sources.

On est obligé de passer d'un code à un autre. On passe du code pénal (infraction commune) et infraction commerciale dans le code commercial etc.
La source la plus importante, celle qu'il faut retenir, **c'est la contenance du texte d'incrimination**.

Section 3 : Les particularités du droit pénal des affaires.

On a deux catégories.

§1) Les particularités criminologiques.

A) Le délinquant d'affaire.

Le délinquant d'affaire est marqué par deux traits essentiels, l'insertion et l'indifférence.

1) L'insertion.

C'est une personne très bien informée. Il n'a rien d'un marginal, en général il n'est pas violent, il veut s'intégrer le mieux possible.
Le délinquant d'affaire c'est l'inverse du délinquant du droit commun.

2) L'indifférence.

Le délinquant d'affaire est très souvent frappé d'anomie. ➔ Il n'est pas réceptif à la morale pénale commune.
Ce qui est normal, c'est ce qui se fait dans la vie des affaires.
Cet état normal, est renforcé par le fait que souvent dans les affaires, ce n'est pas blâmable d'avoir du succès.
Cette recherche du succès, peut conduire très loin, dans l'indifférence en criminologie du délinquant d'affaire.
On l'illustre avec l'exemple de la FORD PINTO sur laquelle on trouvait un défaut grave de freinage. Plusieurs personnes se sont tuées à cause de ce défaut.
Cependant, on trouve deux études économiques :
-Le calcul du prix des indemnisations à verser pour chacune des victimes tuées.
-Le calcul de la réfaction de la chaine pour réparer le défaut.
➔*Le prix de la réfaction est plus élevé, donc on continue à vendre des voitures comportant ce défaut.*

Ex : Il y a eut en France une affaire similaire avec l'histoire du sang contaminé. ➔ Le but étant de liquider les stocks.

B) La criminalité d'affaire.

On peut dire que c'est marqué par deux traits essentiels.

-L'ignorance : On entend dire que beaucoup d'infractions d'affaires commises restent inconnues. ➔Différence entre le chiffre noir (infraction non comptabilisée) et chiffre gris (infractions comptabilisée mais n'entrainant aucune procédure).

-La réprobation mitigée : Cela tient à ce que la délinquance d'affaire ne suscite pas le même voyeurisme que la délinquance commune.
Comprendre un délit d'affaire n'est pas facile. ➔*Il peut y avoir une certaine admiration pour le délinquant d'affaire.*

§2) Les particularités juridiques.

Ces particularités peuvent être appréciées par rapport au droit commun.

A) Par rapport au droit pénal commun.

Elles peuvent être appréciées aux yeux du droit pénal général. On étudie **les personnes pouvant être pénalement responsables.**
S'agissant des personnes pénalement responsables, on trouve les personnes physiques.
Dans le cadre du droit pénal des affaires, le responsable en principe c'est le dirigeant, mais il faudra faire la différence entre dirigeant de droit ou de fait.
Le chef d'entreprise délègue ses pouvoirs. Est-il vraiment le responsable ?

On a aussi une particularité avec **la complicité.**
En droit pénal des affaires, la complicité peut présenter des particularités. Il faut un acte positif de complicité en droit commun, alors qu'en droit des affaires, on a toujours admis une forme particulière, qui est *la complicité par abstention*.

En droit pénal général **les personnes morales** peuvent être responsables.
Dans le cadre des affaires, dans la mesure où les infractions profitent aux personnes morales, on aura *un champ beaucoup plus important* que dans le cadre du droit pénal commun.

Les causes d'exonérations :
En pratique, en droit pénal des affaires, *la légitime défense ne joue jamais*, mais on aura des particularités, car on pourra avoir des cas spécifiques justificatifs.
Ex : La *cause du groupe des sociétés.*

Les peines :
Pour le droit pénal des affaires, *les peines d'amendes peuvent être plus élevées* et peuvent être calculées sur le profit.

B) Par rapport au droit pénal spécial.

Les textes en affaires ne sont pas bien écrits. ➔*L'élément légal n'est pas toujours clair*.
L'élément matériel, présente *la particularité de résider dans une omission.*
Pour l'élément moral ou intentionnel dans les infractions d'affaire a un rôle effectif réduit. Ce sont des professionnels qui ne pourront pas dire qu'il ignorait de faire une infraction.

C) Les particularités procédurales.

Le droit pénal est le seul droit exclusivement judicaire. La procédure pénale est très importante pour une connaissance et une maîtrise du droit pénal des affaires.

Il y a des particularités au niveau de la recherche des preuves. En matière d'affaire, **il faut les découvrir**, il y a souvent des agents des douanes, de la direction de la concurrence, etc. qui ont des pouvoirs spécialisés d'investigation.

Ce sont souvent des infractions clandestines.
Il est très difficile de faire une enquête de flagrante en matière d'affaire.
On a récemment admis dans le cadre des investigations, la transposition des infractions économiques en matière de criminalité organisée.
Au niveau de la mise en mouvement de l'action publique, c'est le déclenchement des poursuites pénales. Cela peut être arrêté par des transactions, la mise en mouvement donne lieu à des discussions, pour savoir qu'elles sont les parties privées.
Les règles légales de prescription ne sont pas appliquées.

On a nécessairement des **particularités procédurales aux niveaux des juridictions compétentes** pour décortiquer une infraction des affaires.
Des juridictions spécialisées ont été crées.

PLAN :
Première partie : infractions communes applicables à la vie des affaires.
Vol, extorsion, abus de confiance, le recel, blanchiment.
Infractions du faux, les corruptions, trafic d'influence.

Deuxième parie : Infractions relevant du droit pénal des sociétés.
Abus de bien sociaux, entreprises en difficultés, Infractions boursières, Infraction du droit de la consommation.

Le 10.02.09

PARTIE 1 : Infractions communes applicables à la vie des affaires.

Il s'agit de certaines infractions qui dans le code pénal figure aux infractions contre les biens (Dans la 3eme partie du code pénal).
Il s'agit des infractions figurant aussi dans la 4eme partie du code pénal. Ce sont les infractions contre la république, les faux, la corruption, le trafic d'influence, le favoritisme etc.

TITRE 1 : incriminations communes contre les biens applicables aux affaires.

Il s'agit des vols, extorsions, l'escroquerie et infractions voisines ainsi que l'abus de confiance.
On a aussi les délits de conséquences, le recel et le blanchiment.
Ces infractions sont souvent dénommées « atteintes juridique aux biens ». Le caractère juridique de ces atteintes tient à ce que ces infractions portent atteinte au droit de propriété.

Par cette dénomination, on entend s'opposer aux atteintes matérielles aux biens, on entend destructions, incendie, etc.

CHAPITRE 1 : vol et infractions voisines.

Observations générales :
Le vol, l'escroquerie et l'abus de confiance, ➔ c'est la trilogie des atteintes à la propriété.

- Dans le vol, l'agent se sert dans le patrimoine de la victime
- Dans l'escroquerie l'agent fait tout un cinéma pour amener cette victime à se débarrasser de son argent
- Dans l'abus de confiance, l'atteinte se commet par la « non restitution » d'une chose.

Entre ces infractions, on peut avoir des problèmes de frontière. On a du mal à les qualifier. Il faut rechercher les éléments de qualification. Elles sont alternatives. On ne peut pas cumuler les qualifications.
On appelle cela **les conflits de qualification.**

Il y a deux sortes d'extorsion, l'extorsion violente ou non (le chantage).

Section 1 : Le vol.

Les textes d'incriminations sont les articles 311-1 à 311-16.
Le vol peut être couvert par l'immunité familiale (article 311-12), le vol peut être simple ou aggravé.
L'incrimination de base figure à l'article 311-1.
« Le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui ».

Sous-section 1 : les composantes du vol.

De la définition de l'article 311-1 on en déduit que **le vol suppose une chose mobilière et matérielle appartenant à autrui.** Ce sont les conditions préalables au vol. Il se commet par une soustraction d'une chose, elle doit être frauduleuse, il faut un élément matériel et intentionnel.

§1) Les conditions préalables.

A) Une chose matérielle et mobilière.

-Le caractère mobilier de la chose n'est jamais expressément exiger par le texte d'incrimination. Mais l'exigence du caractère mobilier ne fait aucun doute, en effet **le vol se commet par soustraction de la chose d'autrui**. Or la soustraction quelque soit sa forme, passe toujours par un déplacement de la chose objet du délit.
Or seules les choses mobilières sont susceptibles de déplacement.
Les immeubles se caractérisent par leur immobilité.
Sont immeubles par destination, les tuiles d'un toit, les tracteurs d'une exploitation agricole.

-Le caractère matériel. Il n'est pas prévu par le texte, toutefois cette exigence ne fait aucun doute, car de façon générale, la soustraction permet qu'**on puisse prendre matériellement la chose.**
On ne peut appréhender que matériellement des choses matérielles.
Une idée se capte, se détourne, mais elle ne se dérobe pas.
Le caractère matériel peut être déduit du texte. Le terme « chose » postule la matérialité. (Si dans l'incrimination l'objet est déterminé par le terme chose).
Si dans le texte d'incrimination, le texte dit bien quelconque, le bien peut être matériel et immatériel.

Les conséquences de la matérialité, c'est que les choses immatérielles, incorporelles sont insusceptibles de vols.
Les idées, les informations seules sans support, les droits sont insusceptibles de vol.
Le vol devient possible si ces informations sont incorporées dans un support matériel.

Cette exigence de la matérialité de la chose a toujours été exigée.

Ex : Pour l'énergie. ➔ Peut-on voler de l'électricité, énergie atomique ou frigorifique ?
C'est l'article 311-2 qui dispose que la soustraction frauduleuse d'énergie au préjudice d'autrui est assimilée au vol.

Si on se branche sur le fil électrique de son voisin, on va soustraire frauduleusement de l'énergie. Donc c'est du vol.
Si on trafique le compteur, dans le cas la, c'est une escroquerie.
La chose mobilière et matérielle doit appartenir à autrui.

B) Une chose mobilière et matérielle appartenant à autrui.

Le vol est une infraction contre la propriété d'autrui. Le vol suppose aussi que l'agent puisse développer sur la chose volée les prérogatives de la propriété mobilière.
C'est une propriété obligatoirement mobilière. Cela a pour conséquence qu'en matière de vol on va raisonner de terme de possession.
En fait de meuble, la possession vaut titre.

Les conséquences :

- Les choses communes sont insusceptibles de vols. ➔ On a par exemple l'eau des mers, l'air que l'on respire etc. Elles sont insusceptibles d'appropriation privative. Les « res communis » (choses communes) sont insusceptibles de vol.

- Les choses appropriables mais qui n'ont pas fait l'objet d'une appropriation effective. Cette conséquence négative concerne les « res nullius « (la chose de personnes).

Il s'agit des choses qui ont pour dénominateur commun, la nature, la mer, les ruisseaux.
Ces choses qui n'appartiennent à personne sont insusceptibles de vol. Mais elles deviennent la propriété de la première personne qui s'en empare.

- Les choses qui ont été appropriées mais qui ne le sont plus, sont insusceptibles de vols, les choses abandonnées.

S'agissant des choses abandonnées, cela peut concerner les épaves, les déchets.
Pour les choses abandonnées, on peut avoir des difficultés.
-Si ce sont des poubelles à l'intérieur d'un immeuble, il n'y a pas la volonté d'abandon.
-Si la poubelle est dans la cour de l'immeuble on peut encore reprendre.
-**Si la poubelle est dans la rue, la chose est considérée comme abandonné.**

*La propriété d'autrui :
Les conséquences :

L'exception de propriété peut être utilement soulevée.
Il faut être entièrement propriétaire, on peut être voleur d'une chose indivise. Quand l'exception de propriété est soulevée, le juge devra trancher un conflit de propriété.

Ex : on passe un examen a l'écrit. Les copies sont volées chez le correcteur.
⇨ Le support matériel appartient à l'académie.

RQ : Les règles du droit pénal ne suivent pas toujours les règles du droit civil.
Il peut y avoir des autonomies du droit pénal. Le droit pénal alors que se pose dans le cadre pénal une question de droit civil, ne va pas suivre les règles du droit civil.
Cette autonomie du droit pénal s'est vue dans l'arrêt « Garet » de 1915.
En droit civil de la vente le consensualisme fait qu'il y a transfert de propriété.

Dans la vente au comptant, la chose vendue est consentie à l'acheteur qu'au moment du versement du prix et à ce moment là il n'y a qu'une dépossession provisoire qui ne modifie pas les droits du vendeur.

§2) Les éléments constitutifs.

A) L'élément matériel

C'est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui. La soustraction n'est pas définit par le texte.
La jurisprudence a défini la soustraction. La notion de soustraction qui à l'origine était simple et qui suite aux évolutions est devenue une notion assez complexe. Cette complexité tient à ce qu'il apparaît aujourd'hui qu'il existe deux catégories de soustraction. La soustraction d'origine est classique c'est la soustraction matérielle.
Par la suite, a coté de cette soustraction matérielle, il existe des soustractions juridiques.

1) La soustraction matérielle

Elle s'apprécie par rapport à l'agissement matériel reproché à l'agent. ➔ **C'est le fait de prendre enlevé, ravir à l'insu et contre le gré du propriétaire.**
Une telle soustraction suppose un déplacement de la chose et si la soustraction matérielle consiste à prendre, enlever, ravir, on ne peut pas avoir de vol, si la chose a été remise à l'agent.
La remise est exclusive du vol.
Cette conséquence réduit notablement le champ de la répression.
On doit exclure la qualification dès lors qu'il y a eu remise de la chose.
Cela a déclenché deux sortes de réaction, législatives et jurisprudentielle.

Elles se sont traduites par l'incrimination des « filouteries » : ex : aliments dans un restaurant.
Il y a eu des réactions jurisprudentielles : On a eut des soustractions juridiques.

2) Soustractions juridiques

Ces soustractions logiques sont admises bien qu'il y ait eu remise de la chose. Leur caractère juridique dit **qu'il faut rechercher si le remettant a ou n'a pas voulu transférer la possession de la chose, la propriété.**
Dans les soustractions juridiques, c'est **l'intention du remettant qui va déterminer la qualification**.
Celles-ci peuvent varier dans leur qualification. Les soustractions juridiques ne se qualifient pas toujours de la même façon.
Ces qualification peuvent recouper une différence de fait :
Le délit va se commettre au moment de la remise et les autres après

a) Soustraction contemporaine.

On nous remet une chose qui ne nous appartient pas et on se comporte en propriétaire. Dans cette hypothèse l'instrument de qualification de la soustraction va être la distinction établit par la jurisprudence entre les remises volontaires et les remises involontaires.
La **remise sera qualifiée de volontaire s'il s'agit d'une remise au travers de laquelle le remettant a voulu transférer la possession et donc la propriété de la chose.**
Les remises involontaires sont des remises par lesquelles l'agent n'a pas voulu transférer la possession suite à ces remises.
Il peut donc y avoir vol si le bénéficiaire de la remise se comporte en propriétaire.

La distinction est simple, mais pas toujours.

En effet, on distingue entre remise par erreur et remise par dol.
Quand on remet par erreur, le remettant s'est trompée, elle devait être qualifiée de remise involontaire. On devrait pouvoir retenir la qualification de vol.

Ex : Un commerçant se trompe en rendant la monnaie. Il est évident qu'il ne voulait pas vous transférez la propriété. Sa remise est entachée d'une erreur. Elle est involontaire.
De même à une certaine époque, on pouvait retirer bien au-delà de son solde disponible.
Dans ces deux exemples, la jurisprudence a admis que les remises a priori involontaires étaient des remises volontaires, exclusives du vol.
Cette solution peut choquer, mais elle se comprend.
Le commerçant qui rend la monnaie, a une obligation de vérification. Par voix de conséquence, l'erreur lui est imputable. De même le banquier doit avoir des machines de distribution de billet qui vérifie le solde disponible.
C'est une erreur via l'automate.
Pour les dols, concernant les personnes qui se prétendaient propriétaire d'une chose qu'elle réclamait.
Il semblerait que si le remettant qui a procédé à la remise par erreur a été sciemment et systématiquement induit en erreur par le bénéficiaire de la remise. A ce moment la, on pourra retenir le vol.
Le remettant a été induit en erreur par le bénéficiaire de la remise.
Il y avait eu une vente aux enchères publiques.

b) Soustractions juridiques postérieurs à la remise.

Dans les soustractions qui naissent après la remise de la chose, l'instrument juridique de qualification **est la distinction remise de la détention et remise de la possession.**
Cette distinction repose sur la décomposition des composants de la propriété mobilière au sein de laquelle **on distingue traditionnellement entre le corpus qui se traduit par la détention matérielle de la chose, et la possession, qui correspond au fait d'être et de se considérer comme propriétaire.**
La mise en œuvre de la qualification se fait de la façon suivante. Si le remettant a voulu transférer et le corpus et l'animus, il y aura transfert total de la propriété mobilière et dans ce cas, le bénéficiaire de cette remise ne peut pas être voleur.

Ex : Si le remettant n'a voulu transférer que le corpus, et s'il a donc voulu se réserver l'animus, le bénéficiaire de la remise pourra devenir voleur en s'arrogeant la possession et donc la propriété de notre chose mobilière.
C'est ce que traduit un attendu classique et souvent repris de la chambre criminelle, dans laquelle cette chambre déclare, attendu que la détention purement matérielle (corpus) non accompagnée de la remise de la possession n'est pas exclusive d'une soustraction frauduleuse constitutive du vol.

B) L'élément intentionnel.

Il est requis par les règles générales du code pénal. C'est un délit intentionnel. On doit avoir un dol spécial.
Il suppose la connaissance de la propriété d'autrui. L'élément intentionnel suppose un dol spécial, c'est la volonté d'appropriation.
Cette volonté d'appropriation qui correspond à l'élément intentionnel, doit être largement comprise.
D'abord l'élément intentionnel sera satisfait, dès lors que **l'agent a voulu s'arroger d'une quelconque des prérogatives du droit de propriété.**
On peut commettre un vol uniquement en s'attribuant l'abusus.
Le vol d'usage cela concerne l'élément intentionnel du vol qui va porter sur l'usus.

La question du vol d'usage est née à propos des emprunts de voiture. Des personnes s'emparaient d'une voiture et la remettait la ou elle l'avait emprunté.
Pendant un temps ces personnes ont été relaxées car elles n'avaient pas porté atteinte à la propriété de la voiture.

En 1959, la jurisprudence est venu poser en principe : **il suffit pour que l'élément intentionnel du vol soit constituer, que l'agent se soit comporté fus momentanément en propriétaire.**

A pars : Fiche élémentaire.

Pour l'élément moral ou intentionnel, on distingue entre le dol général et le dol spécial.
-Le dol général est requis pour toutes les infractions que ce soit crime délit contravention.
Le dol général correspond au fait que l'agent est conscient, non dément, et libre au moment de son action.
Le dol général est présumé dans sa réalisation. On pourra s'exonérer mais uniquement par deux moyens. Démence et force majeur.
Dans les contraventions, le dol général suffit.

-Le dol spécial varie d'infraction à infraction. Dans le meurtre c'est la volonté de tuer par exemple.
Le dol spécial est toujours requis s'agissant des crimes.
S'agissant des délits, il y a eut une évolution avant le nouveau code pénal de 1994.
Avant, pour que le délit soit enregistré, **il fallait que le texte d'incrimination comporte un mot ou un adverbe d'où on pouvait déduire le dol spécial.**
En l'absence de petit mot, le délit n'était pas un délit intentionnel. Ce mode de raisonnement a conduit à l'admission des délits matériels ou contraventionnels.
Cela signifiait que lorsque le délit était matériel, cela suffisait à constituer le délit.
Deux moyens de défense, la force majeur, la démence.

C'est pourquoi le nouveau code pénal a réformé les situations.
Depuis le nouveau code pénal, il est prévu que **les crimes et les délits sont intentionnels sauf s'il est prévu qu'il suppose une faute d'imprudence ou de négligence.**
Les délits sont soit intentionnels quand on ne dit rien (sans dol spécial) et avec dol spécial quand ca figure dans le texte.

On a voulu mettre fin à la catégorie des délits matériels ou contraventionnels. Toutefois, la jurisprudence a résisté. Quand le délit se commet par la violation d'une obligation légale préexistante, selon la jurisprudence, la seule violation consciente de cette obligation légale suffit à remplir le caractère intentionnel du délit.
Par ex : les ventes sans facture sont interdites aux commerçants.

Le 15 février 2010.

Sous-section 2 : La qualification de vol dans le cadre des affaires.

Ces applications peuvent être ordonnées en matière de vol dans certains contrats.
Peut-il y avoir vol en reproduisant un document qui appartient à l'entreprise ?

§1) Illustration de vol dans certaines affaires.

On peut s'intéresser à plusieurs contrats, vente, entreprise, travail.

*Pour les contrats d'entreprise.

La question de vol peut se poser lorsqu'un particulier a fait des travaux, et n'a pas payé l'entrepreneur.
Si cet entrepreneur décide de venir reprendre le matériel qu'il a installé au cours des travaux.
Le problème de fond, est de savoir qui est propriétaire ?
Les éléments de solution sont simples.
Si l'entrepreneur avait simplement entreposé dans les lieux, du matériel, éléments de cuisine, et s'il les reprend.
Commet-il un vol ? ➔ Il est resté propriétaire de ce matériel.

En revanche, s'il a fini ses travaux, qu'il a fait de nombreux scellement. Il vient desceller.
Par le scellement, il avait transféré la propriété à son client. **En venant reprendre le matériel, il s'approprie la chose d'autrui.**

*Dans le cadre des ventes.
Il convient de distinguer entre les ventes au comptant et les ventes à crédit.
Dans le cadre des ventes, la question de vol se pose si le vendeur n'est pas payé et si l'acheteur s'approprie la chose.

-Dans les ventes au comptant, on a la solution.
Pour la qualification il faut distinguer, la vente au comptant dans un magasin en livre service, ou magasin traditionnel.
Dans le magasin ordinaire, lorsque le client part sans payé, il commet un vol, car le droit pénal fait preuve d'autonomie par rapport au droit civil « arrêt Garet », on n'admet pas la règle de propriété, et il retarde le transfert de propriété jusqu'au paiement du prix.

Dans le cadre d'un libre service, la détention de la chose est remise au client sous condition de remise du paiement.
Si le client ne respecte pas la condition de paiement au passage en caisse. ➔ On est en présence d'une soustraction juridique après remise de la chose, il s'approprie l'animus et il y a donc un vol après remise.

*Dans les ventes à crédit, l'idée générale, c'est que **le vendeur transfère la propriété dès que la vente est conclue.** Il accepte le risque d'étaler le paiement et éventuellement celui de ne pas être payé.
Si le crédit ou les échéances, ne sont pas honorées, il y aura résolution de la vente pour inexécution des engagements. On a l'anéantissement rétroactif du contrat.
On pourrait penser que le transfert de propriété qui a été opéré est lui aussi effacé.
En réalité le droit pénal n'admet pas l'effet rétroactif de la résolution. C'est une fiction et la résolution d'un acte n'est pas prise en compte par celui-ci.

Par voix de conséquence, on est conduit à poser en solution de principe que **l'acheteur à crédit qui n'a pas respecté le paiement des échéances ne peut pas être condamné pour vol car il est propriétaire.**
Cette solution négative, l'acquéreur qui ne paie pas les échéances, ne commet pas un vol.
Toutefois les fondements ne sont pas toujours les mêmes pour les ventes à crédit ordinaire et celles avec réserve de propriété.
Pour les ventes ordinaires, le vendeur a transféré la propriété dans son ensemble.
La résolution de la vente ne fait pas disparaître le transfert de propriété.

A l'inverse c'est le vendeur qui vient reprendre le bien, qui pourra être poursuivit pour vol car il s'empare d'une chose à autrui.

*Pour une vente à crédit avec une clause de réserve de propriété.
Il y a un entrepreneur qui achète un matériel coûteux, le vendeur accepte un financement à crédit, mais le vendeur inclus une clause dans laquelle il se réserve une clause de réserve la propriété jusqu'à parfait paiement du prix.
Le non paiement d'une échéance entraine résolution du contrat et obligation de restitution d'un bien.
On peut penser que la vente à crédit avec clause de réserve de propriété, le vendeur a remis que le corpus, il voulait remettre l'animus qu'au paiement complet du prix.
Ce genre de raisonnement a été déclaré mal fondé par la chambre criminelle.
En effet la chambre criminelle a considéré que le vendeur s'était livré à une remise volontaire mais pas à une remise involontaire.

- ⇨ Cette qualification peut surprendre à cause de la clause de réserve de propriété car le vendeur s'est réservé la propriété.

A l'analyse, cette approche est parfaitement justifiée. En effet dans le cadre des ventes avec clause de réserve de propriété, le vendeur veut transférer toutes les prérogatives de la possession.
Or la possession, c'est elle qui détermine la propriété mobilière, et comme il a toutes les prérogatives, il ne peut pas commettre de vol, le matériel vendu est grevé d'une clause de réserve de propriété.

Dans les ventes avec clauses de réserve de propriété, le vendeur veut avoir une sureté en cas de procédure collective. La clause de réserve de propriété lui permet de récupérer la chose.

*Pour le contrat de travail.
Un salarié part avec un document contenant des données confidentielles.
Qui est propriétaire de ces documents ?
Les créations faites par le salarié au cours de l'exécution de son contrat de travail sont la propriété de l'entrepreneur. ➔ Le salarié pourra se voir reproché un vol.

Pour que la qualification de vol soit exclue, il faut que les documents soit personnels au salarié.

Ces attestations sont destinées à être produite en justice en harcèlement.
Ce salarié commet t-il un vol ?

Ou bien on dit que l'attestation faite à un salarié, est comparable à un témoignage en justice. Or on peut toujours revenir jusqu'à l'issue final de son procès.
Le salarié peut reprendre son attestation sans craindre les foudres du droit pénal.

Si on raisonne en termes de vol, quand le salarié a remis l'attestation à l'employeur, il a transmis la propriété à son employeur. Il commet un vol ordinaire par soustraction matériel qui correspond à l'idée de base, donner c'est donner, reprendre c'est voler.

Une question de vol peut naître au cas où dans ses intérêts un salarié, reproduit un document appartenant à l'entreprise.

§2) La question des vols par reproduction de document appartenant à l'entreprise.

Les intérêts de ces questions de vol sont de deux genres.
La reproduction de document peut être le moyen d'un piratage commercial, industriel, espionnage, qui est payé par des concurrents pour s'emparer des secrets de l'entreprise.
Les vols par reproduction peuvent être des intérêts commerciaux.

On peut avoir des documents qui sont la propriété de l'entreprise. Dans ces hypothèses ou le salarié reproduit un document appartenant à l'entreprise, peut-on avoir la qualification de vol ?
La question n'est pas facile.

-Les éléments généraux.
Un document est à la fois un contenant qui est matériel, le support papier, le support disquette, bande de films et un contenu qui est informationnel, qui correspond aux informations, aux données contenues dans ce document. Une chose mobilière et matérielle, le principe est que seules les choses matérielles sont susceptibles de vol sauf les biens incorporels.
On a donc admis qu'on pouvait voler un document avec son support, mais le contenu informationnel était lui insusceptible de vol.

Toutefois, ces solutions traditionnelles ont été remises en question avec l'apparition des procédés de reproduction, qui permettent de s'accaparer les seules informations qui intéressent l'agent contenu dans ce document, sans qu'il soit besoin de voler véritablement le support du document.
Dans ces vols, peut-on vraiment avoir vol ?

La chambre criminelle dans un ***arrêt « Logabax du 8 janvier 1979 ».***
Il a été rendu dans les conditions suivantes : une entreprise avait organisé un plan de restructuration économique qui a débouché sur des licenciements. Un des salariés photocopie au sein de l'entreprise le document et il le produit dans son instance en licenciement pour défendre ses propres intérêts.
A cette époque, l'entreprise fait valoir que le document produit par le salarié, n'est pas légalement admissible à titre de preuve car c'est le produit d'un vol.
Les poursuites pour vol sont jugées bien fondées. La Cour de Cassation a retenu le vol.

L'attendu de la chambre criminelle précise ***qu'en photocopiant à des fins personnelles, à l'insu et contre le gré du propriétaire de document, le plan de restructuration de l'entreprise, le salarié s'est approprié frauduleusement pendant le temps nécessaire à la reproduction l'orignal photocopié dont il avait la simple détention.***

Le vol a pour objet l'orignal photocopié. Il n'est jamais sorti de l'entreprise, c'est un vol sans déplacement de la chose volée. Il n'y a aucun vol par soustraction matérielle. C'est un vol par soustraction juridique, il n'avait que le corpus. En photocopiant, il s'est attribué l'animus pendant le temps nécessaire à la reproduction. ➔ Donc c'est un vol d'usage.

On cumule vol d'usage et vol après remise.
Ce vol par cumul de deux créations jurisprudentielles, c'est un vol artificiel, il ne dure que le temps de la photocopie.
Ca permet de retenir l'exigence de matérialité de la chose. On évite de dire que ce qui a été volée, ce sont les informations que contenait le plan de restructuration.
C'est un vol choquant, et on invoque le vol du contenu du vol informationnel.
Certain juges du fond ont entrepris de faire porter le vol sur le contenu informationnel. Il y a eu de nombreux arrêts.

Arrêt Bourquin et Antonoly.

-Dans l'arrêt *« Bourquin »,* des salariés avaient reproduit sur des disquettes informatiques, le fichier de clientèle de l'entreprise.
-Dans « *Antonioly* », le comptable avait reproduit des données économiques.

Ces salariés poursuivis pour vol sont condamnés pour le vol des informations contenues dans les documents.

Ces arrêts sont portés devant la chambre criminelle, et elle déclare que les juges du fond ont caractérisé en tous ces éléments l'infraction de vol.
La chambre criminelle se garde bien de dire que le vol peut porter sur l'information.
Ces arrêts ne consacrent pas véritablement la possibilité de vol d'une information seule.

Les informations seules peuvent avoir une valeur patrimoniale incontestable, mais en droit des propriétés intellectuelles, on est soumis à des conditions d'originalité. Toutes les idées ne peuvent pas toutes faire l'objet d'originalité.
Le vol est une infraction contre la propriété d'autrui. Si le droit pénal admet que le vol peut porter sur des idées qui ne sont pas reconnus par les propriétés intellectuelles, le droit pénal créerait indirectement par ce que le vol est une infraction contre la propriété, des droits contre la propriété intellectuelle. ➔<u>Cela évite une déstabilisation du droit des propriétés intellectuelles.</u>

Si on admet le vol, l'information seule, on pourrait déstabiliser les éléments constitutifs du vol. On pourrait admettre des vols par captation intellectuelle.
Or dans une société démocratique, on ne peut pas admettre les infractions purement intellectuelles.

Dans les arrêts sur les nouvelles technologies, les reproductions sont informatisées. Dans ces affaires, les premiers juges ont fait porter le vol sur les données informatiques qui ont été produites.
Les premiers juges ont caractérisés tous les éléments du vol.

Dans ces affaires, les premiers juges n'ont admis le vol qu'au motif que les données informatiques ont été reproduite sur un support matériel.
On exige encore à l'heure actuelle, une certaine matérialité, que l'on situe dans le résultat de la reproduction qui doit avoir été matérialisé dans un support.

Sous le rapport de la chose objet du délit, on a la règle de la matérialité de la chose.

<u>Arrêt Logabax.</u> Si on admet le vol par reproduction, le principe, c'est que la photocopie frauduleusement faite ne peut pas être produite à titre de vol en justice.
Or cela est en pratique choquant.
Dans le cadre de procédure de licenciement, la Cour de Paris est entrée en résistance contre l'arrêt *Logabax.* Elle a relaxé des salariés poursuivis dans les mêmes circonstances de Logabax.

- ⇨ Ces arrêts ont tous été cassés par la chambre criminelle au motif que les mobiles sont indifférents en droit pénal.

Arrêt de 98, la chambre sociale a admis que le salarié peut produire en justice pour assurer sa défense dans un procès qui l'oppose à son employeur, les documents de l'employeur dont il a connaissance à l'occasion de ses fonctions et auxquelles il est en droit d'accéder.

Par la suite ce conflit a pris fin, car la chambre criminelle s'est alignée sur la chambre sociale. Si le document reproduit est strictement nécessaire à la défense du salarié, ce document peut être produit et au fond, il n'y a pas vol donc la qualification est exclue car l'infraction est couverte par le fait justificatif spécial, des droits de la défense.

A l'heure actuelle, le document pourra valoir à titre de preuve.

Un arrêt du 9 juin 2009 est venu restreindre le fait justificatif des droits de la défense pouvant couvrir les infractions préalablement commises par les salariés.

En l'espèce, il s'agissait d'un salarié qui avait fait savoir au client de cette entreprise et aux assureurs de cette entreprise que les transports de marchandise étaient loin d'être assurés en toute tranquillité.
L'entreprise de transport poursuit son salarié pour diffamation. Il porte plainte pour diffamation. Le salarié est convoqué, et pour se défendre de ce grief de diffamation, il produit à la police judiciaire la photocopie de document qui était la propriété de l'entreprise et qui précisait que les précautions de sécurité n'étaient pas prises.
Le salarié est poursuivi pour vol des documents photocopiés et produit. ➔ Il est condamné pour vol au motif que sa finalité n'était pas d'assurer sa défense dans le cadre d'un litige prud'homale mais de tenté de prouver que les faits qu'il imputait à son employeur sur l'absence de sécurité des transports qu'il avait dénoncé auprès des clients et de l'assureur était réel.
Cet arrêt entreprend de limiter s'agissant des salariés le fait justificatif au cas de litige prud'homal, au cas de litige entre travail.
Le salarié peut être passé pour une victime, c'est lui qui a pris une initiative contre son employeur. Au départ, il n'était pas victime.

Dans de nombreux arrêts concernant la diffamation, *la chambre criminelle a posé en principe qu'on pouvait faire jouer des éléments frauduleux.*

SI on s'intéresse à ces arrêts, qui admettent des documents frauduleux, on s'aperçoit que dans toutes les affaires on a un droit du public à l'information qui est garantie par la CEDH.

Dans l'ensemble, la chambre criminelle considère que le salarié a un devoir de loyauté envers son employeur.
L'idée c'est que la chambre criminelle aurait pu adopter cette solution au motif que le salarié a manqué à son devoir de loyauté pour avoir critiquer son employeur.
Le salarié a-t-il un droit aux critiques ?

Le 17.02.2010

Les poursuites :
Les vols sont punis selon qu'il s'agit de vols simples ou de vols aggravés.
Parce qu'elle est spécialement incriminée, la tentative de vol est punissable.
Le vol est un délit instantané et donc ce délit a une prescription de 3 ans qui court à partir de la soustraction et non pas au moment de la découverte du délit.
Les constitutions de parties civiles : Il faut pouvoir appeler d'un préjudice personnel, certain et direct.

Le vol a pour infractions voisines : les extorsions.

Section 2. Les extorsions.

Art 311-1 à 312-10.
On distingue 2 sortes d'extorsions :
- L'extorsion violente.
- L'extorsion non violente ou chantage.

Les extorsions violentes correspondent au racket. **On va soumettre la victime à des menaces pour qu'elle accepte de remettre certains biens.**

Le chantage consiste à soumettre la victime à une pression psychologique en la menaçant de révéler des choses qui mettent en cause son honneur et sa considération si elle ne remet pas ce qui est convoité par le maitre chanteur.

I. L'extorsion violente.

Art 312-1.
C'est le fait d'obtenir par violence, menaces de violences, ou contraintes soit une signature, un engagement ou une renonciation, soit la révélation d'un secret, soit la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque.

Il est donc permis de distinguer entre **les moyens** de l'extorsion violente **et la remise** que tend à provoquer l'extorsion violente.

Les moyens peuvent être des violences contre les personnes ou contre les biens.
On peut avoir un problème de qualification entre le vol avec violence et l'extorsion violente.
L'élément de solution est le suivant : dans le vol avec violence, les violences sont le moyen de la soustraction.
Dans l'extorsion violente, la violence est pratiquée pour que la victime remette la chose.

Il peut s'agir également des menaces de violence contre les personnes ou des menaces de violence contre les biens.

Le texte vise aussi la contrainte. Cela peut être une contrainte physique ou para physique. Il est admis également que ca puisse être une contrainte morale. Cette contrainte morale doit être appréciée au cas par cas. La contrainte doit être d'ordre économique.
Ex : il a été admis qu'était coupable d'extorsion violente par contrainte, le pharmacien de garde qui acceptait de vendre des médicaments que si le client acceptait de payer une surcharge.

Concernant l'objet de l'extorsion violente : Les biens font l'objet d'une énumération légale : une signature, un engagement ou une renonciation, la révélation d'un secret (ici l'objet du délit peut être une information seule).
L'extorsion peut donc porter sur des biens corporels ou incorporels.

Le bien objet de l'infraction doit être la propriété d'autrui et donc si le bien est la propriété de l'agent (auteur des violences), on ne peut pas le poursuivre pour extorsion mais on pourra uniquement retenir contre lui des violences.

Ex : un créancier impayés auquel on doit une somme, qui pour obtenir ce paiement use d'extorsion alors il est coupable d'extorsion. Le droit de créance n'est pas un droit réel de propriété.
L'extorsion comme le vol protège le droit réel de propriété.

II. L'extorsion non violente ou chantage.

Art 312-10 : C'est le fait d'obtenir en menaçant de révéler ou d'imputer des faits de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération soit une signature, un engagement ou une renonciation etc…
L'objet est le même que pour l'extorsion violente.

Les moyens du chantage :
C'est la menace de révélation ou d'imputation diffamatoire.
Dans le cadre du chantage, peu importe que les faits soient vrais ou faux.

Ex : renonciation à conserver son emploi.

Le chantage peut aussi se commettre par exercice abusif d'une voie de droit.
Lorsqu'on menace une personne d'action en justice, on peut mettre en cause son honneur et sa considération. L'exercice de voie de droit peut être la traduction de menace de diffamation mais il y a un problème car c'est un droit. ➔ Or on ne peut pas commettre d'infractions en usant d'un droit.
On pourra être coupable d'infraction si la voie de droit est abusive.

Il peut en être ainsi dans plusieurs cas :

- Une personne menace de révéler des infractions imaginaires.
- Une personne menace de révéler certaines infractions commises mais ces infractions ne causent à l'auteur de la menace aucun préjudice personnel. (Ex : des salariés auxquels leur employeur devait des indemnités. Ils menacent de révéler donc les fraudes fiscales de l'employeur. La voie de droit pour obtenir paiement de leur dû n'est pas la bonne).
  Il arrive que le chantage soit le fait d'avocats.

Ex : une personne réclame à une autre personne une indemnité transactionnelle démesurée. Cas des vols dans les supermarchés. Il fau que l'indemnité transactionnelle soit abusive.

Fiche de révision sur les cumuls de qualification, concours de qualification etc…

Concours d'infractions : Le concours d'infraction suppose qu'une même personne commette plusieurs infractions espacées dans le temps non séparées entre elles par des décisions de condamnations. Il y a donc **unité d'agent et pluralité de faits délictueux.**
En France, il n'y a pas de concours des peines. On n'encoure que la peine afférente à l'infraction la plus pénalement puni. C'est la règle du non cumul des peines.
Toutefois, il y aura autant de déclaration de culpabilité que d'infractions commises.
S'il y a des peines complémentaires, on pourra cumuler les peines complémentaires.

Le cumul de qualification : Dans le cumul de qualification, on a un agent unique qui commet un fait unique qui tombe (ce fait unique) sous le coup de plusieurs lois pénales.
Ex : Le viol sur une place publique. (Agression sexuelle, et outrage aux bonnes mœurs) : La solution de principe jusque dans les années 60' était de retenir une seule qualification pénale : la plus sévère.
A partir des années 60', la solution a évoluée. **Arrêt BelAditi** : une personne avait balancé une grenade à la terrasse d'un café. Fait unique : le jet de grenade. 2 qualifications pénales : l'homicide volontaire et la destruction d'immeubles par explosif.
La chambre criminelle a considéré à partir de cet arrêt considéré que dans notre hypothèse de cumul de qualification, on pouvait procéder comme dans l'hypothèse du cumul réel. Donc on peut procéder à plusieurs déclarations de culpabilité.

Dans certains cas, la possibilité de retenir 2 qualifications à l'encontre d'une même personne pour un même fait ou deux faits imbriqués n'est pas possible. Il s'agit des qualifications incompatibles. C'est-à-dire dont les cumuls ne sont pas compatibles.
Ex : Le vol et le recel.
Celui qui vole un bien, le vole en général pour le conserver et en profiter.
Le receleur est celui qui bénéficie en connaissance de cause d'un bien ayant une origine frauduleuse.
On ne peut pas être auteur principal du vol et receleur car le recel est la continuation du vol et dans ce cas là, on fait jouer la règle non bis idem (pas de condamnation deux fois pour le même fait).

Le conflit de qualification peut avoir lieu quand un même fait évoque des infractions qui sont incriminés dans une même partie du code pénal. On peut au regard d'un même agissement hésiter sur la qualification de vol et la qualification d'extorsion.
Les juges ne peuvent pas cumuler les deux qualifications.

Chapitre 2. L'escroquerie.

L'escroquerie a deux infractions voisines : les **filouteries** et le **délit d'entrave aux enchères publiques** (cela consiste à fausser le fonctionnement régulier des enchères publiques). Il y aura entrave aux enchères publiques quand des personnes s'entendent pour pas que les enchères ne montent pas au dessus d'un certain montant, et ensuite ces personnes refont les enchères.

L'escroquerie passe par une atteinte préalable au consentement de la victime. L'escroc se livre à tout un cinéma auprès d'une personne qui va être convaincu par ces manœuvres et qui va accepter de remettre à l'escroc se qu'il convoite.
La victime se dépossède elle-même.
C'est avant tout une infraction contre le consentement.
On dit de l'escroquerie que c'est le dol criminel (au sens vice du consentement du droit civil).

Art 313-1 : L'escroquerie est le fait, soit par l'usage de faux noms ou de fausses qualités, 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, un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge.

L'escroquerie est une **infraction complexe** car elle suppose au départ l'emploi de certains moyens frauduleux qui doivent avoir un but : tromper la victime et un résultat : obtenir de la victime, la remise des biens convoités. Cette remise doit être préjudiciable à la victime.

Le 22 février 2010.

Section 1. Les composantes de la qualification d'escroquerie.

L'escroquerie peut être étudiée en distinguant entre les moyens frauduleux de cette infraction et les modalités de ces moyens

§1) Les moyens frauduleux de l'escroquerie.

D' après le texte, ils sont 3, l'abus de qualité vraie, usage de faux noms, emploi de manœuvres frauduleuses.
Ils peuvent être autonomes. Ils peuvent s'enchevêtrer, ils présentent un point commun : ➔ tous les moyens supposent **un mensonge**. L'escroc est un menteur.
Au regard de certains moyens frauduleux, le mensonge seul suffit.
En revanche dans d'autre cas, pour les manœuvres frauduleuses, le mensonge seul ne suffi pas.

A) L'escroquerie par l'usage de faux noms ou fausse qualité.

Quand elle se commet par usage de faux nom, le moyen frauduleux se réduit à un mensonge qui porte sur le nom ou sur la qualité.

a) Les notions de faux noms et de fausses qualités.

Pour le faux nom, **il consiste à prendre un autre nom que le sien, ce peut être un nom patronymique, un faux pseudonyme, un simple prénom qui peut être source de confusion**.
Pour la fausse qualité, elle est largement entendue. Elle peut porter sur l'état des personnes, célibataire à la place de mariée, une fausse qualité mobilière, de chômeur, portant sur une qualité professionnelle.
L'usage de fausse qualité peut être une qualité juridique. En effet, selon une jurisprudence constante, la fausse qualité de mandataire, est une fausse qualité au sens de notre droit de l'escroquerie.

En revanche, les fausses qualités de propriétaire ne sont pas des fausses qualités dans le droit de l'escroquerie.
La fausse qualité de créancier est identique.

Pourquoi cette différence ?
Cette différence tiendrait a ce qu'intervient un tiers supplémentaire par rapport à la victime.

b) Le caractère que doit présenter l'acte d'usage de fausse qualité.

Il faut un acte d'usage du faux nom ou de la fausse qualité.
Le fait que le texte emploi le terme de faux nom ou fausse qualité, **il faut donc un acte positif d'usage.** Cela a pour conséquence que lorsqu'une personne remet une chose se trompe sur l'identité d'une personne, et lui remet cette chose, et si cette personne ne la détrompe pas sur l'erreur sur l'identité, il ne peut pas y avoir d'escroquerie, car celui à qui on remet la chose n'a pas fait un acte positif.
Ces différences résultent de la règle : *il n'y a pas de commission par omission.*

Lorsqu'une loi pénale emploi des termes d'où il résulte qu'il faut un acte positif, **l'omission qui abouti au même résultat que de l'acte d'usage ne peut pas parce qu'elle est omission être constitutif du délit.**

Cette règle joue pour tous les délits d'action, mais il faut dire qu'elle subit très souvent des atténuations lorsque des omissions pures et simples s'inscrivent dans une action qui va déboucher sur le résultat que veut prohiber une loi pénale.
Dans le cadre des allocations chômage, le fait de remplir un formulaire de renouvellement d'indemnité chômage en omettant de cocher dans ce formulaire, avez-vous retrouvez un emploi, alors que le candidat a retrouvé un emploi**, est constitutif d'une escroquerie.**
Le fait de ne pas déclarer une activité professionnelle constitue un acte positif de prise de fausse qualité de chômeur.

L'omission reprochée à l'agent s'inscrit dans une action.

-L'abus de qualité vraie.
Avant le nouveau code pénal, ce pouvait être un moyen de l'escroquerie que si elle remplissait les moyens de manœuvre frauduleuse.
Désormais c'est un moyen autonome, c'est le fait d'une personne qui a effectué une qualité. Cette personne exerce donc une profession qui inspire confiance. Cette personne va abuser de ses fonctions, pour se faire remettre par son client des sommes qui ne lui sont pas dues et que le client lui remet car il a confiance dans ce professionnel.

Dans ce genre d'escroquerie le simple mensonge suffi.

-Les manœuvres frauduleuses.

➔Les conditions d'existence.

Il résulte du terme manœuvre, qu'il faut un acte positif.
Elle résulte de ce qu'un mensonge seul est insuffisant à être constitutif d'une manœuvre au sens positif.
Elle vaut même si le mensonge est écrit. Le terme manœuvre postule plus qu'un simple mensonge.
Il arrive cependant que l'escroquerie résulte d'une addition de mensonge.
Pour avoir manœuvre, il faut que le mensonge soit renforcé, corroboré par un élément extérieur venant lui donner force et crédit.
Ces éléments peuvent être soit l'intervention d'un tiers, la production d'un écrit, une machination, mise en scène.

-Le mensonge renforcé par l'intervention d'un tiers : L'escroquerie étant un délit d'action, **l'intervention du tiers doit avoir été provoqué par l'escroc** en conséquence, une intervention spontanée d'un tiers qui renforcerait le mensonge de l'escroc ne peut pas être constitutif du délit, dès lors que l'escroc ne peut pas faire intervenir un tiers.
Il faut que le tiers soit distinct de l'escroc. Pourquoi ? Car dans des opérations litigieuses peuvent intervenir des mandataires. Dans la théorie civile, le mandataire se confond avec son mandant.
En pratique cela signifie qu'un mandataire ne sera pas considéré forcément comme un tiers.

Le tiers qui va intervenir à coté de l'escroc**, il peut être un tiers de mauvaise foi dans ce cas là, le tiers sera complice de l'escroc.** Le tiers peut être un tiers de bonne foi, dans ce cas, il ne pourra pas être complice.

Ex : pour les caisses de retraites, lorsqu'un héritier ne dit pas que le père est mort à la caisse de retraite.
Selon la chambre criminelle, c'est une escroquerie par mensonge renforcé.
Le tiers c'est la banque, c'est un tiers de bonne foi.

Ex : escroquerie au bilan. On falsifie tous les comptes.
Dans ce cas la on a un simple mensonge écrit. La présentation du seul faux bilan au banquier est un mensonge écrit.
Si c'est un bilan certifié par un commissaire aux comptes, on se trouve en présence d'un mensonge renforcé par un tiers. C'est le commissaire aux comptes.

-Les mensonges renforcés par la production d'un écrit.
Il faut que le mensonge soit renforcé par un écrit. L'écrit a pour conséquence qu'il ne peut pas y avoir escroquerie si l'exploitant d'une salle de cinéma qui doit rémunérer les producteurs en fonction du nombre d'entrée ment sur le nombre d'entrée.

S'agissant des manœuvres par mensonge renforcée par un écrit, on a une application positive pour l'escroquerie à la demande d'un crédit, si on produit des faux bulletins de salaires, pour faire croire que l'on est plus solvable.
La simple présentation, d'une facture majorée, ne peut pas être constitutif d'une escroquerie, c'est un simple mensonge. Elle deviendra escroquerie si on a un visa d'un architecte qui précise que les travaux facturés en plus ont été fait alors qu'ils n'ont pas été faits.

Dans certain arrêts, la chambre criminelle qualifie d'escroquerie des agissements qui sont au fond que des mensonges.

En pratique, il faut distinguer entre les écrits falsifiés.
Le bilan est un écrit du commerce, il a valeur probante, donc on peut admettre que le bilan est digne de foi au sens du droit du faux, au regard de la personne a qui on le présente, de sorte qu'on comprend que les mensonges soit assimilé à une manœuvre frauduleuse.

-Les mensonges renforcée par une machination ou mise en scène.

Ils sont aussi variés que l'imagination des escrocs. **La mise en scène peut être vue comme une mise en scène théâtrale.**
Escroquerie Carambouille. On commence a monté une entreprise, dans laquelle on a des fonds, on va louer des locaux luxueux, on va commencer à faire des opérations d'affaires. Un beau jour, on vient dire qu'on a besoin d'un crédit important, lorsqu'on a obtenu le crédit, on retire tout l'argent, les locaux luxueux ont été vidé, tout le matériel a disparu, et les mêmes personnes recommencent dans un autre pays.
L'escroc inspire confiance.
Quelque fois la mise en scène théâtrale doit avoir une certaine ampleur. Souvent on a de la publicité.
La mise en scène qui va renforcer le mensonge, l'escroc peut être en mise en scène juridique.
Par exemple il a été jugé que le fait d'inclure des fausses factures d'achat dans la comptabilité est une mise en scène.

De même on a escroquerie par mise en scène, dans les escroqueries aux assurances.
Le texte visant les machinations : **La machination ou mise en scène, peut résulter du trucage d'une machine.** Il y a escroquerie par machination ou mise en scène lorsque l'on truque le compteur d'électricité.
Il a aussi été jugé le fait de juger les horodateurs. L'introduction d'une rondelle métallique sans valeur était une machination.

Les notions de machination vont très loin et illustre bien les escroqueries.

§2) La finalité des moyens frauduleux.

Ils ont une finalité psychologique, il faut tromper la victime. Une tromperie patrimoniale pour obtenir des biens de la victime.

A) La finalité psychologique.

Son exigence vient de ce que le texte vise à tromper. La rédaction a été simplifiée par le nouveau code pénal. Dans l'ancien code pénal, le texte visait le fait d'employer des moyens frauduleux pour persuader l'existence d'une fausse entreprise, ou pour le pouvoir ou le crédit imaginaire, celui qui tire des traites sur des tiers imaginaires ou des tiers de complaisance.
L'ancien code visait aussi le fait de persuader la survenance d'un évènement chimérique, heureux ou malheureux.

Cette finalité a une conséquence négative, si l'escroc a menti sur sa qualité car il est mégalomane, il n'aura pas eu pour but de tromper, il voulait flatter son égo.

B) La finalité patrimoniale.

Cette finalité, étant l'obtention de la remise. Cette finalité est requise par le texte. Il faut la déterminer à lui remettre une chose visée. La finalité patrimoniale demande à être précisée dans un premier temps, dans sa cause, dans ses modalités et dans son rôle dans la qualification de l'infraction.
Dans un second temps, dans son objet
Dans un troisième temps, dans ses conséquences, la remise doit être faite au préjudice de la victime d'un remettant ou d'un tiers.

***La cause de la remise, c'est l'emploi des moyens frauduleux**. Il faut donc un lien de causalité entre l'emploi des moyens frauduleux et de la remise de la chose.
La qualification ne peut pas être remise en œuvre.

***Il faut que l'emploi des moyens frauduleux soit antérieur à la remise**. Si c'est après, c'est postérieur à la remise, on ne peut donc pas être escroc.

*Les modalités de la remise. **La remise peut être le fait de la victime propriétaire du bien mais aussi par un tiers ou un mandataire**. Ce peut être une remise par tradition matérielle, on remet les sommes d'argent ou les bijoux, mais aussi une remise juridique par ordre de virement, ou une remise se passant par jeu de compensation.

*Le rôle de la remise dans la qualification de l'infraction, le rôle de principe c'est que c'est **la remise consentie par la victime consomme le délit.**

La tentative d'escroquerie est incriminée. Cela est fréquent en matière d'escroquerie à l'assurance. Ces escroquerie sont tellement fréquente que toutes les compagnies d'assurance emploi des limiers pour vérifier qu'il n'y a pas de fausse déclaration de sinistre.

Quand y a-t-il tentative d'escroquerie ?
La **tentative suppose un commencement d'exécution** qui n'aura pas eu le résultat escompté au regard de l'infraction.
Le commencement d'exécution doit être un acte tendant directement et immédiatement à la commission de l'infraction.
L'escroquerie est une infraction complexe. On a l'étage des moyens frauduleux et ensuite l'étage de la remise qui va consommer l'infraction.
Il faut aussi un lien de causalité entre l'emploi des moyens frauduleux et la remise de la victime.
On se demande si la tentative était constituée dès lors que les moyens frauduleux ont été constitués.

Dans un premier temps, on répond non, le seul fait d'avoir mis le feu à un immeuble pour avoir l'assurance, est un acte simplement préparatoire.
Ce caractère déterminant dans le cas des escroqueries, ne pourra être constitué que s'il y a eu déclaration et demande de paiement de l'indemnité.

A défaut, on a que des actes préparatoires.

Par la suite, il y a eu une évolution. En effet à l'heure actuel, il est admis que si la simulation a été suivit d'une déclaration de sinistre à l'assurance, on a donc a ce moment la tentative d'escroquerie.
Il peut être considéré que la déclaration de sinistre vaut demande d'indemnité.

Le 24 février 2010.

*L'objet de la remise.

Les biens font l'objet d'une énumération légale, qui commence par visé, les fonds, les valeurs ou les biens quelconques.
-Les fonds, c'est le numéraire, les valeurs peuvent être mobilière, le bien quelconque a pour conséquence que les biens susceptibles d'escroquerie peuvent être corporels ou incorporels.

Les termes biens quelconques laisse penser que l'escroquerie peut porter sur immeuble, mais dans l'ancien droit pénal, on exclu les biens immeubles de l'escroquerie.
La jurisprudence précise que l'escroquerie ne peut pas porter sur immeuble.
En matière immobilière, il n'y a pas besoin de protection pénale.

Il y a une légère atténuation en 2003, *selon l'article 133-6*, il existe un délit particulier, qui est la mise à disposition frauduleuse à autrui contre rémunération ou avantage quelconque d'un bien immobilier appartenant à autrui et sans l'accord du propriétaire.

Dans l'énumération légale, figure aussi **les services**. Le visa des services est une innovation du nouveau code pénal, il a pour conséquence que l'escroquerie peut porter sur un transport.
User de la fausse qualité d'agent de la SNCF pour voyager gratuitement ;
Le service peut être la téléphonie.

Dans l'énumération légale, figure selon le texte, les **actes opérant obligation ou décharge**. Les actes opérant obligation sont des actes créateur de droit pour le bénéficiaire de ces obligations, les actes opérant des charges, sont des actes qui dissolvent un lien de droit, c'est l'obtention d'une remise de dette. Une observation particulière, **l'escroquerie sera consommée dès l'obtention de l'acte**.
Dès cet engagement le délit sera consommé.

Si on prend le texte d'incrimination, il faut que la remise porte préjudice à la personne qui remet où à des tiers.

C) La conséquence de la remise : le préjudice.

Il peut être causé à la victime directement, ou à un tiers
Il est très rare que le préjudice dans des infractions pénales, soit constitutif d'une infraction.
Avant le préjudice devait être un préjudice à la fortune d'autrui.
De ces termes, on devait déduire que le préjudice devait être un préjudice patrimonial.
Cela peut être conforté par un préjudice aux biens.
L'escroquerie est une atteinte aux biens, qui passe par une atteinte préalable au consentement.

Sous l'empire de l'ancien code pénal, une jurisprudence constante précise que le délit pouvait être constitué même sans préjudicie patrimonial dès lors que la remise n'a pas été librement consentie.
En principe elle n'est pas librement consentie dans l'escroquerie.
Ex : Usant d'une fausse qualité, une personne obtient de la croix rouge, certain colis. Il paie le prix des colis, elle ne subit aucun préjudice patrimonial, mais il y avait eu une remise non librement consentie, car cette institution réservait ces colis a des personnes ayant certaines qualité.
L'atteinte au consentement suffisait.

Le nouveau code pénal a supprimé les termes « à la fortune d'autrui », il en demeure pas moins que le préjudice peut être patrimonial, mais cela signifie t-il que le préjudice peut être patrimonial ?

Dans un arrêt de 1994, la Chambre criminelle a exclu la qualification d'escroquerie dans une affaire ou des moyens frauduleux ont été faits auprès d'une préfecture pour avoir un titre de séjour.
La personne a été relaxée, *car il n'y avait pas eu atteinte à la fortune d'autrui.*
De cet arrêt certain auteur ont déduit que le préjudice doit nécessairement être patrimonial.

Donc on ne maintient plus que le préjudice peut résulter d'une simple atteinte au consentement.
Or pour qu'il y ait escroquerie, il faut une certaine valeur, mais un titre de séjour de se vend pas.
La jurisprudence selon laquelle une simple atteinte au consentement peut continuer à s'appliquer.
Il y a des divergences.

Le délit ne pourra pas être constitué si l'agent, ou la personne que l'on poursuit peut revendiquer un droit sur ce qu'on lui reproche d'avoir obtenue par manœuvre.
Cette précision doit être donnée d'après un arrêt.
Un automobiliste assuré brise glasses, fait remplacer son par brise par un garagiste, mais demande qu'un par brise d'occasion soit mis, et demande pour le complément de faire des réparations de carrosserie.
Il est poursuivit par son assureur.
Il a été relaxé car l'assurance n'avait pas payé plus que la valeur du par brise. Donc elle n'a pas subi un préjudice.

Cependant on est propriétaire du montant de l'indemnité, on n'est pas obligé de faire la réparation.
Il y a une sorte de droit de propriété pour l'assuré.

§3) L'élément intentionnel du délit.

Le dol spécial est requis, mais il a un rôle réduit dès lors que les moyens frauduleux et leur finalité sont établis.

*Les poursuites :
Pour la prescription, l'escroquerie est une infraction instantanée qui se consomme par la remise de la chose.
Le délai court du jour de la remise.
Cette solution de principe souffre d'atténuation dans l'hypothèse des remises indivisibles.

Ex : Grâce à des moyens frauduleux, un individu se fait remettre un titre d'invalidité, lui permettant de toucher une rente.
Le délit est totalement consommé lors de la remise du titre d'invalidité. Dans ce genre d'hypothèse on suppose que la perception des rentes est indivisible du titre obtenu, de sorte que selon la jurisprudence, **la prescription ne commence à courir que du jour de la dernière perception de la rente d'invalidité.**

On a l'escroquerie aggravé pour les escroqueries en bande organisée. On peut mettre en œuvre les procédés de la criminalité organisée.
Si on nous soupçonne d'escroquerie en bande organisé, on peut être mis sous surveillance par téléfilm etc.

Section 2 : illustration d'escroquerie dans la vie des affaires.

S'agissant de ces escroqueries, on peut distinguer entre **les escroqueries aux deniers publics et aux deniers privés.**

§1) Les escroquerie aux deniers publics.

Il peut s'agir des multiples **escroqueries aux subventions** en tout genre. Subvention **pour les emplois crées.**
Toutes les **escroqueries aux prestations sociales.**

S'agissant de ce genre d'escroquerie, on peut avoir des infractions spécifiques, mais qui peuvent se cumuler.
Dans les escroqueries aux deniers publics, on a les escroqueries **aux subventions européennes**. Escroquerie dans laquelle se sont spécialisées les mafias.
Elles atteignent des montants faramineux.
Ex : Si on fait tel plantation, on a une subvention européenne.
Ces fraudes sont d'un tel montant, que depuis le Traité de Lisbonne, on a prévu pour les fraudes au budget européen, la mise en place d'un parquet européen spécialisé et qui devra travailler en concert avec les parquets nationaux.

Les arrêts de condamnation sont rarissimes.

On a aussi **les escroqueries à la TVA, interne ou intracommunautaire**.
Dans l'escroquerie, une personne qui vend des services ou des biens, facture avec TVA et lorsqu'elle fait des achats, elle paie la TVA afférente à ces achats, et elle pourra déduire cette TVA de ses achats.
L'escroquerie peut consister à faire des achats fictifs.
On aura des créations de fausses factures.

L'escroc peut avoir recours à une société Taxi, est une société totalement fictive. Elle n'existe que sur papier. Néanmoins, l'escroc à la TVA va faire des achats auprès de cette société fictive ou société taxi, il va payer ses achats par chèque. Le taxi va encaisser le chèque, mais le taxi va décaisser le chèque en liquide, remettre le montant du chèque, au commerçant, moins le montant du prix du taxi.
Le commerçant a reçu du taxi une facture, avec une TVA qu'il pourra déduire.

<u>§2) Les escroquerie aux deniers privés.</u>

On distinguera entre les escroqueries par faux noms et les escroqueries par manœuvres.

A) <u>Par usage, faux, nom ou fausse qualité.</u>

On a tout d'abord, **l'escroquerie à la commission**, par usage de la fausse qualité de mandataire.
Une personne est propriétaire de valeur mobilière, elle donne à son banquier, ordre de vendre ces valeurs, le banquier qui est intéressé par ces valeurs s'en porte directement acquéreur.
Le banquier prend <u>une commission au titre de courtage, d'intermédiaire</u>, laissant entendre qu'il a vendu sur demande de son client, à des tiers.
On dit que le banquier se porte ***contrepartiste,*** à l'insu de son client et qui lui prend néanmoins une commission de courtage, il commet une escroquerie par la fausse qualité de mandataire car il n'a jamais été intermédiaire.

Ex : Les parents décident de vendre un appartement.
On charge un agent immobilier de vendre un appartement. On demande 1 millions d'euros, en vrai sur le marché, l'appartement vend 1,5 millions.
L'agent immobilier vend pour 1,5 millions, et il nous remet que 1 million.
Dans ce cas là, il commet une escroquerie en se faisant remettre un mandat.
<u>Il abuse de sa qualité vraie d'agent immobilier</u>, pour conserver des fonds qu'il doit remettre.

B) <u>Par manœuvres.</u>

Il peut y avoir des escroqueries aux crédits ou au financement. Dans ces escroqueries, on monte un faux dossier de crédit.

On peut avoir escroquerie au crédit et au financement dans le cadre de cessions de créances selon le procédé du bordereau d'Ailly.
Le commerçant va créer de fausses factures de toute pièce, ou on va céder au banquier des factures qui ont déjà été réglées.
Ce sont les factures cédées qui sont fausses.
S'agissant de cette hypothèse, y a-t-il escroquerie ?

On peut dire qu'il n'y a que du mensonge écrit. Pendant un temps ce procédé a été considéré comme n'étant pas pénalement répréhensible au titre du droit pénal car ce n'est que du mensonge écrit.

Par la suite, la chambre criminelle a admis que ce genre de procédé pouvait soit tombé sous le coup du faux de *l'article 441-1 du code pénal,* au motif que lorsque des fausses factures qui ne sont pas constitutif d'un faux peuvent le devenir, lorsqu'elles étaient retranscrites dans un bordereau d'Ailly car l'inscription sur ce bordereau les transformait en titre juridique.

Dans un autre arrêt, la chambre criminelle a admis que la cession de fausse facture était constitutive d'une manœuvre frauduleuse.
Le bordereau d'Ailly a pour conséquence que le banquier auquel on cède ces factures peut donner foi à la réalité des factures.

Enfin dans les escroqueries par manœuvres, c'est l'escroquerie dite au jugement.
Ex : Escroquerie à l'obtention d'une décision favorable.
Il arrive que certaines personnes voulant obtenir des remises qu'elles n'arrivent pas à obtenir, n'hésite pas à faire un procès pour obtenir la remise. Elles vont faire des fausses preuves, de faux documents, qui vont tromper le juge, qui va donner gain de cause au plaideur malhonnête et condamner son adversaire au paiement ou à la remise convoité par le plaideur malhonnête.

L'escroquerie porte sur la remise du jugement obtenu par moyen frauduleux. Le délit ne commençait effectivement que lors de la mise en exécution du jugement, ce qui avait des incidences sur la prescription.
Dans un arrêt récent, la chambre criminelle déclare que la prescription court du jour ou le jugement était devenu définitif.
On peut aujourd'hui dire que dans l'escroquerie au jugement, le bien escroqué, c'est le jugement.

Ce peut être aussi une décision favorable ce qu'illustre *un arrêt de 9 Décembre 2009.*
Dans cette affaire on a un club de rugby de Colomier.
➔Pour être dans le Top du classement, il faut avoir une certaine garantie financière, et si on ne l'a pas, on est rétrogradé dans les divisions en dessous, par la fédération du sport en question.
En l'espèce, le directeur président du club devait avoir pour ami le notaire de la région, qui a attesté auprès de la fédération que le club avait remis à ce notaire 4 chèques importants que ce notaire avait déposé sur son compte CARPA.
Suite à la réception de cette attestation notariée, la fédération de rugby annule la décision de rétrogradation du TOP16 qu'elle avait prise à l'encontre de ce club.
On découvre qu'en réalité, le notaire n'a jamais encaissé les chèques sur ce compte. L'attestation était fausse, il a été considéré que l'annulation de la décision a été obtenue par des manœuvres frauduleuses dont le notaire était complice.
➔*Le notaire a fait valoir que cela ne causait pas de préjudice patrimonial à l'encontre de la fédération de rugby.*

Il suffi que la remise ne soit pas libre pour que le préjudice soit satisfait.

Ex : Les escroqueries portant sur le paiement des voitures d'occasion en ligne.

Un grand nombre de chèque sont totalement falsifiés.

Le 8 mars 2010.

CHAPITRE 3 : L'abus de confiance.

➔C'est une atteinte juridique aux biens, sa particularité, c'est que dans l'abus de confiance, l'atteinte aux biens se commet par la méconnaissance d'une obligation que l'on avait de restituer une chose ou **de n'en faire un usage déterminé**, alors que cette chose nous avait été confiée.
Elle se commet par la méconnaissance de l'obligation de restitution.
L'article 314-1 dispose que l'abus de confiance est *le fait pour une personne de détourner au préjudice d'autrui des fonds, des valeurs, ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptée à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé*.

Cette rédaction de l'article 314-1 simplifie la rédaction antérieure celle avant le nouveau code pénal.
Avant *c'était l'article 408 du code pénal*, dans cet article l'abus de confiance c'était le détournement ou la dissipation d'une chose qui avait été remise à titre de :
Mandat, dépôt, louage, nantissement, prêt à usage, ou pour un travail salarié ou non.

Sous l'empire de l'ancien code, il fallait que la remise ait eu lieu par un contrat énuméré par le texte.
Cela rendait l'infraction longue à étudier.
Dans tous les cas, où il y a remise au titre d'un des contrats énumérés par l'ancien article, on peut toujours avoir abus de confiance.
➔Même dans les décisions postérieures au nouveau code pénal, on se réfère au contrat précisé dans l'ancien article.
Cela requiert toujours une remise préalable, et il se consomme par le détournement de la chose.

On aura la condition préalable représentée par la remise d'un bien et les éléments purement constitutifs.

L'abus de confiance est conçu comme une infraction facile souvent, mais en réalité, c'est une infraction très difficile.

Section 1 : la condition préalable, la remise d'un bien.

§1) Les biens objet de la remise.

Les biens doivent entrer dans l'une des catégories du texte, les fonds, les valeurs, les biens quelconques.
L'énumération est large, néanmoins, les biens susceptibles d'abus de confiance appellent des précisions.

a) Les biens objets doivent être mobiliers.

Cette exigence du caractère mobilier doit être donnée pour plusieurs raisons.
Le texte précise les biens quelconques, donc on peut faire entrer les biens meubles et immeuble.
L'abus de confiance peut se commettre par remise de la chose ou usage abusif de la chose.
Or si par exemple on prête un appartement à un ami pour qu'il l'utilise, et il refuse de partir. Il y a donc un usage abusif de l'appartement.
En théorie, on pourrait faire porter l'abus de confiance sur les biens immeubles.

Toutefois la jurisprudence antérieure exclue les immeubles de l'abus de confiance. Mais la jurisprudence continue à poser fermement que l'abus de confiance ne peut pas porter sur un immeuble.
Arrêt de principe qui va loin : *On ne peut pas détourner la solution selon laquelle l'abus de confiance ne porte pas sur un immeuble.*
Donc pas d'immeuble dans l'abus de confiance.
➔**En matière immobilière la protection civile suffit.**

b) L'abus de confiance peut porter sur des biens meubles qu'ils soient corps certain ou chose fongible.

-Un corps certain c'est la chose **qui n'est pas interchangeable.**
-Les choses fongibles **sont interchangeables**, des billets de banque, des tonnes de blés.

La distinction corps certain, chose fongible peut avoir des incidences sur l'abus de confiance. Le détournement par lequel se commet le délit ne sera pas le même selon que c'est un corps certain (constituer des lors qu'on ne peut pas rendre la chose).
Si c'est une chose fongible (constituer que si on est dans l'impossibilité de restituer en équivalent).

c) Biens pouvant avoir une origine illicite.

On peut agir pour abus de confiance même si les biens ont une **origine illicite.**

d) Le bien qui doit être un bien meuble, peut être corporel ou incorporel.

Cette solution avait été admise sous l'empire de l'ancien code pénal. L'abus de confiance peut porter sur **des valeurs mobilières dématérialisées.**
Cette possibilité a été implicitement confirmée par le nouveau code pénal. Celui-ci précise que l'abus de confiance peut porter sur un bien quelconque.
L'abus de confiance peut porter sur un bien incorporel. Dans un arrêt, il a été admis que l'abus de confiance peut porter sur un *projet de borne informatique* qu'un salarié avait élaboré pour un client de son employeur et qui par la suite était passé à la concurrence et avait exploité auprès du client le projet de borne informatique.
L'abus peut porter sur une information.

Question : L'abus peut-il porter sur n'importe quel bien incorporel ?

La question concerne *les détournements de clientèle.* Elle s'est posée dans le cadre de cabinet d'expertise comptable.
Des antennes de ces sociétés vont être gérées par des salariés. Il arrive que ces salariés démarchent les clients des employeurs et leurs signifient qu'ils vont monter leur propre boite et les invitent à résilier leur contrat avec les employeurs et conclure un nouveau contrat avec eux.
L'entreprise d'expertise comptable perd un maximum de client.
Les sociétés précisent que *la clientèle est un bien incorporel.* On doit admettre l'application de l'abus de confiance.

➔*Les tribunaux ont exclu la qualification d'abus de confiance.*
Cette exclusion peut être justifiée par le fait que même si la remise est entendue la clientèle ne se remet pas, n'est pas susceptible de remise.
Ensuite quand la clientèle décide de changer de prestataire de service, on ne peut pas dire qu'il y a détournement au sens de l'abus de confiance, car ce doit être le fait de l'agent. Et la c'est le client qui décide de changer de prestataire de service.

Il pourra y avoir des responsabilités civiles et commerciales, mais il ne pourra pas y avoir une responsabilité pénale pour abus de confiance.

§2) La remise elle-même.

La remise doit être précisée dans ses modalités, dans son titre, cause juridique, et dans ses caractères.

a) Les modalités de la remise préalable.

De façon générale la façon **de remettre un bien varie en fonction du bien remis.**
Il peut s'agir d'une **remise par tradition matérielle**, ➔ On transfère la chose des mains de bénéficiant à une autre personne.
La remise peut être juridique. Elle pourra être admise bien qu'il n'y ait pas eu effectivement déplacement de la chose.
Ex : Une personne vend un bien. S'il y a vente d'un bien, en principe il ne peut pas y avoir abus de confiance car la vente entraine un transfert de propriété.
Mais l'acheteur peut demander au vendeur de conserver la chose un moment. Dans ce cas un contrat de dépôt nait.
Le fait de ne pas représenter une chose dont on est dépositaire, peut être la cause d'un abus de confiance.
La remise peut être intellectuelle.
Ex : on donne un numéro de carte de crédit par téléphone.

b) Titre et cause juridique.

En ce qui concerne le titre juridique de la remise, le délit se commet par détournement d'un bien que l'agent a reçu et accepté à charge de la représenter en d'en faire un usage déterminé.
➔**On peut en déduire que le titre juridique doit être un titre contractuel.**
Toutefois ce caractère contractuel n'est pas exigé par le texte de sorte qu'il est admis et qu'il a toujours été admis que le titre de la remise pouvait aussi être judiciaire. Ce peut être aussi un titre légal.
Ex : La loi prévoit que telle catégorie de personne peut utiliser les fonds et a une permission de les gérer.
Dans ce cas là, ils ont un mandat de gestion. Le titre peut être contractuel, judiciaire et légal.
Très souvent, le titre de **la remise est un titre contractuel.**

Le contrat titre de la remise peut être un des contrats que visait l'article 408 de l'ancien code pénal. Mais comme on a pu l'énumération de cet article ce peut être un autre contrat.

-Pour les contrats visés par l'article 408 :
S'agissant des 6 contrats énumérés, ce peut être des titres contractuels de la remise car ils font tous naitre soit une obligation de restitution soit de faire du bien confié un usage déterminé.
Ces contrats constituant le titre de la remise, ce sont des conditions préalables au délit. Ils sont donc étrangers à l'infraction elle-même. Cela a des incidences sur les preuves.
En droit pénal normalement la preuve est libre.
S'agissant des contrats titre de la remise, étant donné qu'ils sont conditions préalables, s'ils sont de nature civil, il faudra les prouver selon les règles civiles de preuve.
Ces contrats, peut importe qu'ils soient nuls ou pas. C'est une nouvelle illustration de l'autonomie du droit pénal par rapport au droit civil.
Il faut résonner comme en droit civil.

Faisant usage de leur pouvoir souverain d'appréciation et pouvoir de requalification des parties, les juges pourront découvrir dans un contrat qui ne correspond pas à un des contrats visés à l'article 408 un des contrats.

Ex : Dans l'énoncé de 408, ne figurait pas le crédit bail.
Toutefois le crédit bail commence par une première période de location, de louage. Par conséquent le détournement de la chose peut être un abus de confiance.

Ex : Dans l'énoncé de 408, ne figurait pas le contrat de société.
Toutefois selon une analyse traditionnelle, les dirigeants de société sont mandataires. Or le mandat est un des contrats visés.
On pourra avoir des problèmes de frontière entre l'abus de confiance et l'abus de biens sociaux. Ce dernier est incriminé **dans les sociétés de capitaux,** et non incriminé dans les sociétés de personnes ou les associations.
Dans les associations et les sociétés de personnes, les infractions seront constitutives d'un abus de confiance au titre du mandat.

➔Les juges peuvent dégager d'un contrat autre que ceux de 408 un abus de confiance.
➔Les juges peuvent refuser de reconnaître un contrat de 408 dans les opérations que les parties ont baptisé du nom d'un contrat de 408.

Ex : Une entreprise dit qu'on peut acquérir un bien en location-vente.
Qui dit louage dit possibilité d'abus de confiance. Qui dit vente dit exclusion d'abus de confiance.
Dans l'hypothèse des locations-ventes, on va se référer aux espèces des arrêts.

Il y a des ventes qui se concluent après avoir contracté un mandat de vente. Dans ce cas on pourra rechercher un abus de confiance.

Ex : Les agences de voyages.
Pour les billets d'avion achetés dans les agences de voyages. Dans ce cas, y a-t-il vente préalable par les compagnies aériennes des billets d'avion ou pas ?
La jurisprudence dit qu'il y a mandat de vente.
Les agents de voyage peuvent être poursuivit pour non représentation du prix des billets d'avion.

Ex : Pour les dépôts-ventes.
Dans l'hypothèse du dépôt vente, la dénomination de dépôt est juridiquement fausse.
On n'est pas dans l'hypothèse du dépôt, on retrouve en réalité un mandat de vente.
Si par exemple, la personne à laquelle on remet la chose en dépôt pour qu'elle la vende doit la vendre au prix que l'on a fixé. ➔On peut avoir abus de confiance.
Si la personne est libre de fixer le prix ➔ Au départ c'est une vente sous condition résolutoire de revente.

Ex : Pour le détournement d'une chose remise à titre de nantissement (gage).
Le texte vise le détournement d'une chose remise à titre de nantissement. Dans l'abus de confiance par détournement d'une chose remise, c'est le créancier gagiste qui peut être poursuivit pour abus de confiance.

Le texte disait remise pour un travail salarié ou non.
Cela a pour conséquence que l'abus de confiance peut être reproché par un salarié que s'il détourne une chose qu'il devait transformer, soit détournement d'un bien confié pour exécuter le travail, il fallait donc faire un travail de transformation sur la chose pour exécuter la chose.

Ce sont ces exigences qui ont eu pour conséquence que dans l'affaire « Logabax », on a raisonné en termes de vol.
Dans l'hypothèse de fait « Logabax », le salarié se livre à un abus de confiance.
A l'heure actuelle la qualification plus adéquate ne pourrait plus être le vol, mais *l'abus de confiance.*

Ainsi par exemple, il est admis que l'abus de confiance peut se commettre dans le cadre d'un contrat d'intégration agricole.
Ce contrat consiste à confier des animaux à une personne pour qu'elle mène l'animal à un certain poids et la personne détourne les animaux.

c) Les caractères de la remise.

On en connaît trois.

La remise dans l'abus de confiance est nécessaire. Cette nécessité de la remise est généralement illustrée par un arrêt ancien qui concernait un fermier qui avait vendu le fumier qui provenait des bouses de vache alors que son contrat de fermage prévoyait qu'il devait les affecter à l'engrais de la ferme.
Poursuivit pour abus de confiance, il a été relaxé car *il n'y a pas eu remise préalable.*

La remise doit être volontaire. Ce caractère est exposé pour bien distinguer le rôle de la remise dans l'abus de confiance.
En principe la remise est exclusive du vol. Dans l'escroquerie, c'est par la remise de la chose que se consomme le délit.
La remise est une remise élément constitutif qui n'est pas volontaire. Elle a été viciée par des moyens frauduleux. Dans l'abus de confiance, *la remise préalable est volontaire.*

La remise doit être faite à titre précaire.
On distinguera entre le fondement et le sens de l'exigence de précarité et le moment auquel doit être remplis la condition de précarité.

-Le fondement et le sens :
Le fondement tient à ce que le texte incrimine le fait de détourner une chose. La remise précaire est une remise assortie d'une obligation de restitution ou d'une restriction d'usage. Ce n'est pas une remise en propriété.
La remise en propriété est exclusive de la qualification d'abus de confiance.

Cela étant, on peut penser que la remise est nécessairement précaire s'il y a obligation de restitution.
S'il y a obligation, il faut se montrer très prudent car il y a des hypothèses dans lesquelles il y a obligation de restitution, où la remise ne sera pas précaire.
Cette solution peut être illustrée par l'hypothèse du prêt d'une somme d'argent.
On a une obligation de restitution, on doit rembourser. Il peut y avoir une obligation de faire des sommes prêtées qu'un usage déterminé.
On peut penser à un abus de confiance s'il ne rembourse pas, ou s'il fait un usage contraire à celui qui a été prévu.
Dans cette hypothèse, il était déjà admis sous l'empire de l'ancien code pénal que *le non remboursement des sommes prêtées ou l'usage des fonds différents de celui convenu ne pouvait pas être constitutif d'un abus de confiance.*

Cette solution négative était implicitement écrite dans le texte d'incrimination de l'époque, article 408. En effet ce texte visait la remise d'une chose ou à titre de prêt à usage.

Il ne faut pas confondre le prêt à usage qui porte en général sur un corps certain, et le prêt à la consommation.
Le prototype du prêt à la consommation c'est le prêt d'argent. Or l'article 408 ne visait que le prêt à usage. On devait donc exclure la qualification en cas de non remboursement d'un prêt d'argent car c'est un prêt à la consommation.

Quand a été adopté le nouveau code pénal, on a dit : le fait de ne pas représenter ou de restituer une chose…
➔Désormais le non remboursement d'un prêt peut être constitutif d'un abus de confiance.

Cette analyse soutenue au lendemain de l'entrée du nouveau code pénal a été critiquée.
Le prêt d'argent ne peut pas être constitutif d'un abus de confiance car l'article 1893 du code civil, le prêteur transfère la propriété des sommes prêtées à l'emprunteur, il perd tout droit réel de propriété sur les sommes prêtées, et il devient simplement titulaire d'une créance de remboursement.
L'abus de confiance protège le droit de propriété. ➔ Thèse soutenue par la chancellerie.
Elle a été confirmée par la jurisprudence.
Dans trois arrêts de 2007 concernant un prêt d'argent ordinaire, un prêt affecté, la chambre criminelle déclare que *le non remboursement du prêt ou le non respect de l'affectation des sommes prêtées ne peut pas être constitutif d'un abus de confiance*.
Il n'y a pas de changement.
Cette solution, on ne peut pas commettre un abus de confiance. Elle s'explique aussi par des circonstances évidentes.

Ex : Lorsqu'on remet de l'argent en banque, le banquier est dépositaire des fonds prêtés. Dans le dépôt de somme d'argent, dès lors que le dépôt n'est affecté d'aucune condition, le banquier peut en faire l'utilisation qu'il veut.
Dans le dépôt bancaire, il ne peut pas y avoir un abus de confiance.

Arrêt de 2008, il ne faut pas confondre prêt d'argent et subventions publiques.
Si on accorde une subvention pour telle ou telle utilisation, on commet un abus de confiance si on l'utilise mal.
Il n'y a pas transfert de propriété des sommes.

-Le moment de la remise.

Si au moment de la remise il n'y a pas précarité, il ne peut pas y avoir abus de confiance.
Le droit pénal ne tient pas compte des effets de la résolution.
Il faut que la précarité qui doit exister au moment de la remise subsiste au moment de la remise.

Ex : On loue une voiture. En cours de location, on nous propose d'acheter la voiture. La location est suivie d'un achat ou d'une vente.
Après la vente, il y a novation de la location en vente de sorte qu'après la vente l'abus de confiance n'est plus possible.

Le 10 mars 2010.

§2) Les éléments constitutifs de l'abus de confiance.

On a l'élément matériel et l'élément intentionnel.

A) L'élément matériel.

Selon 314-1 est le fait de détourner au préjudice d'autrui….
L'élément matériel réside dans le détournement de la chose confiée, au préjudice d'autrui.

*S'agissant du détournement :
Le détournement présente des particularités qui concernent la notion de détournement elle-même. C'est une notion difficile.
En effet, le délit est le détournement d'une chose que l'on a reçu. ➔ On peut donc penser que le détournement est constitué dès lors que **l'on ne respecte pas l'obligation de restitution ou l'obligation de ne faire de la chose qu'un usage déterminé.**

En réalité, le détournement ne sera pas forcément constituer lorsqu'on ne remet pas la chose, car l'abus de confiance est une infraction contre le droit de propriété, **il faut donc que l'agent puisse d'une façon ou d'une autre, se voir reprocher la volonté de se comporter en possesseur parfait et complet de la chose confiée, alors que la remise ne lui a été faite qu'à titre précaire.**
Autrement dit, la précarité de la remise souligne dans une certaine mesure que le remettant a conservé certaine prérogative du droit de propriété.

Le bénéficiaire de la remise n'était que possesseur précaire, il va faire un acte de « maître sur la chose ».
Ces observations font que l'admission du détournement peut varier.

*L'objet du détournement.
En principe le détournement a pour objet la chose remise. Il est des cas, ou le détournement portera sur la représentation de la chose.

Ex : les compagnies de voyage.
Lorsque l'agent de voyage vend ses billets, il doit représenter le prix.

*Les modalités du détournement.
Etant donné le texte d'incrimination, on doit distinguer entre **les détournements par défaut de restitution, et les détournements par usage abusif.**

Au départ, tout manquement n'emporte pas nécessairement abus de confiance. On a loué une voiture, on doit la rendre lundi et on la rend le mardi.
On considérera que le délit n'est pas constitué.
Le détournement par défaut de restitution peut se produire car il y a préalablement eu dissipation de la chose.
On peut être dans l'incapacité de restituer. Dans ce cas, le délit sera généralement constitué.
Il faut cependant distinguer entre les *corps certains et chose fongible.*

Il peut aussi y avoir un défaut de restitution dans le cas ou il y a un refus de restitution.
Il faudra distinguer les refus de restitution opposés en *niant la remise.*
Si en réalité il y a eu remise de la chose, le refus de restitution sera constitutif du délit.

Plus délicat, sont les autres défauts de restitution, qui peuvent être justifié même s'ils ne le sont pas toujours. Il y a plusieurs cas.
Le défaut de restitution opposé au titre **d'un droit de rétention.**

Ex : Un avocat : Un client ne paie pas. Peut-on retenir son dossier.
Si on peut invoquer le droit de rétention, ce droit de rétention fera qu'on ne pourra pas reprocher un détournement. Si en revanche, toutes les conditions du droit de rétention ne sont pas remplies, le refus de restitution sera constitutif d'un délit.

Quand la remise porte sur des sommes d'argent, il pourra y avoir un refus de restitution justifiée par l'exception de restitution.

On peut avoir une compensation.

Il peut y avoir des refus de restitution suite à une novation.

*Le détournement par usage abusif.

Certain usages abusifs peuvent être constitutif d'un délit mais ils ne le sont pas nécessairement. Il s'agit des usages **quantitativement, ou temporellement abusifs.** Ces deux situations peuvent se recouper.

Ex : on prête des camions citernes. On en fait 15 transports.
L'usage est abusif.
Si on rend la chose après la date d'échéance, l'usage est abusif temporellement.

Cependant il n'y a pas atteinte au droit de propriété. Le comportement n'est pas constitutif d'un détournement.
Cependant, si l'usage abusif **a porté atteinte à la substance de la chose confiée.**

D'autres usages abusifs vont eux être constitutifs d'un usage abusif pénalement répréhensible.
Ex : Le greffier d'un tribunal qui reçoit des sommes au titre de l'INPI et qui doit les reverser à ces instituts, mais qui avant les faits transiter sur son compte personnel pour combler les découverts.
Il les a placés dans son intérêt personnel et il a fait un acte de maître sur la chose.

De même un président de chambre des métiers, a reçu une somme pour la formation des apprentis.
Le président utilise la somme pour refaire les ateliers. Le président de la chambre méconnait la volonté d'affectation, qu'avait l'autorité publique qui a fourni la subvention.

*Le préjudice.
Il est requis par le texte. Il peut être patrimonial, le préjudice peut être constitué même si l'agent ne fait aucun profit personnel.

La victime du préjudice est généralement le propriétaire de la chose remise, mais pas nécessairement le propriétaire de la chose remise.
Si un guichetier de banque détourne de l'argent des clients de la banque, la victime de l'abus de confiance est **le client dont les fonds ont été détournés.**
Pourra se dire victime le banquier employeur du guichetier car le comportement du guichetier lui cause un préjudice professionnel.
Cela souligne que le préjudice peut être professionnel et moral.

B) L'élément intentionnel.

Il est requis, sa consistance et sa preuve peuvent varier avec le mode de transmission du détournement.
Le dol spécial requis **peut être un dol consommé**.
Le dol peut aussi être **un dol éventuel.**
Quand le dol est consommé, l'agent a voulu méconnaitre la situation juridique. Le dol est dit éventuel car quand l'agent n'a pas voulu vraiment méconnaitre la situation juridique protégé par la loi, mais quand il a pris le risque de commettre l'infraction punie par le code pénal.

Cette solution a été inaugurée dans une affaire où un agent de voyage avait cédé à l'un de ses collègues, des billets d'avion.
On lui avait retiré son agrément international.
L'agent de voyage est allé voir un de ses collègues pour qu'il lui dépanne des billets d'avion.

Les moyens de défense :
On peut avoir le fait justificatif de l'ordre et permission de la loi.

*Les poursuites.
Les difficultés peuvent provenir des conflits de qualification entre l'abus de confiance et le vol après remise.
Il faut choisir ou abus de confiance ou vol.
On peut avoir un abus de confiance ou abus de biens sociaux pour les sociétés de capitaux.

Condition du détournement.
Sont compétentes les juridictions également du lieu de la remise de la chose.
La localisation de la juridiction compétente se fait au lieu des éléments constitutifs.

*La prescription.
La règle de principe est légale selon le droit actuel.
La prescription court du jour du délit.
Le délai est triennal, or l'abus de confiance est un délit instantané. D'après les articles 7 et 8 du CPP, **la prescription doit courir du jour du détournement.**
Toutefois une jurisprudence des années 40 a considéré que **le point de départ de la prescription pouvait être retardé au jour ou le délit est découvert**, dans des conditions permettant la mise en mouvement de l'action publique.
L'abus de confiance est la première infraction à partir de laquelle s'est développée la jurisprudence contra Legem.

Comme cette jurisprudence s'est appliquée à l'abus de biens sociaux, le rapport COULON sur la dépénalisation a voulu modifier la prescription. Le projet actuel entérine les propositions COULON.

« Pour les crimes la prescription sera de 15 ans.
Pour les délits s'ils sont punis de plus de 5 ans, prescription de 6 ans.
S'ils sont punis de – de 5 ans, prescription de 3 ans.
La prescription commence à courir du jour de la commission de l'infraction et ne peut être retardé au jour de la découverte. »

➔Si elle passe cette loi de forme, elle serait d'application immédiate.
De nombreuses affaires en cours pourraient se trouver éteinte pas ces nouvelles prescriptions.

La tentative d'abus de confiance n'est pas incriminée.

Des infractions voisines : Prévus par 314-5, 6, 7.

En ce qui concerne les infractions voisines, il s'agit du détournement d'objet donné en gage, ce délit spécial est le fait du débiteur.
Le détournement d'objet saisi, le délit d'organisation frauduleuse d'insolvabilité.
Une personne qui sait qu'elle va être condamnée pour dettes délictuelles ou quasi délictuelles ou qui sait qu'elle va être condamnée à des réparations pour faute, c'est une personne qui organise son insolvabilité par aggravation de son passif ou réduction de son actif.
Cela suppose une condamnation de paiement d'une dette par décision de justice.

SOUS PARTIE 2 : Les délits conséquences : Le recel et le blanchiment.

Le recel et le blanchiment sont des délits conséquences car ils ne peuvent exister que s'*il y a préalablement commission d'une infraction préalable ou primaire.*
Le recel va consister à recevoir ou profiter d'une chose ayant une origine frauduleuse.
Le blanchiment va consister à essayer de donner l'apparence de la licéité aux produits d'une infraction primaire.
Le recel est incriminé depuis 1905 et le blanchiment que depuis 1996.

Chapitre 1er le recel :

C'est le recel de chose.
Article 321-1 complété par les articles suivants. L'article dispose que **le recel est le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose ou de faire office d'intermédiaire**, afin de transmettre la chose en sachant qu'elle provient d'un crime ou d'un délit.
Constitue également un recel le fait en connaissance de cause de bénéficier par tous moyens du produit d'un crime ou d'un délit.
Le recel est utile policièrement car c'est une infraction qui permet de remonter vers l'auteur primaire.
Quand on tient le receleur on tient le voleur.
C'est une infraction qui a une grande utilité.

Section 1 : Les composantes du recel.

Elles peuvent être ordonnées en distinguant entre les conditions préalables et les éléments proprement constitutifs.

§1) Les conditions préalables.

A) L'infraction primaire.

➔C'est l'infraction qui a occasionné le recel.
Cette infraction primaire est précisée à trois égards, dans sa nature, son caractère punissable, dans son auteur.

1) La nature de l'infraction primaire.

L'infraction doit être un crime ou un délit. Par voie de conséquence, pas de recel sur les choses provenant d'une contravention.
Le texte précisant simplement que la chose doit provenir d'un crime ou un délit, ce peut être tous crimes ou tous délits.
Ce peut donc être une infraction contre les biens, mais aussi un délit de violation professionnelle, une corruption, un trafic d'influence, voir un délit de favoritisme, ce qui étend le champ de cette infraction, qui est un facteur de répression.

Le caractère punissable :
On peut penser que l'auteur du crime ou du délit soit connu, jugé et condamné.
En réalité ce n'est pas le cas.
L'infraction primaire peut être retenue même si l'auteur de l'infraction primaire est en fuite, pas jugé, décédé, ou inconnu.

Il suffit que les juges du recel puissent au regard des circonstances admettre qu'une infraction primaire a été commise et que le prévenu a reçu une partie du produit de l'infraction et qu'il en bénéficie.
On le traduit en disant qu'il suffit que l'infraction primaire puisse être qualifiée crime ou délit.
Cette exigence peut conduire à des distinctions.
Ainsi par exemple, si l'infraction primaire a été poursuivie, mais si l'auteur de l'infraction primaire, ne peut pas être condamné car il y a eut abrogation de la loi pénale, amnistie, dans ce cas là, la loi pénale n'est pas applicable à l'infraction primaire.
De sorte que cette infraction ne peut pas être qualifiée, crime ou délit.

En revanche si l'auteur de l'infraction primaire a été poursuivi, et s'il est relaxé pour une raison qui lui est personnelle, ou pour une raison qui est strictement procédurale, il ne peut pas se voir appliquer la loi pénale, mais il n'en demeure pas moins que l'agissement qu'il a commis peut être qualifié crime ou délit.
De sorte que bien qu'il ne soit pas condamné pour cette raison, on pourra néanmoins admettre l'existence juridique de l'infraction primaire et entrer en voie de l'infraction au titre du recel.

Quand l'infraction primaire suppose que l'auteur a une certaine qualité.

Ex : violation du secret professionnel.
Le délit suppose que l'auteur soit tenu par le secret professionnel.
Or on a vu que l'auteur de l'infraction peut être inconnu, il peut être en fuite.
Il peut donc arriver que les juges du recel admettent que l'infraction primaire est constituée.
On peut considérer que l'infraction dévoilé l'a été par une personne tenue par le secret professionnel.

Ex : *affaire CALVER.*

*L'auteur de l'infraction primaire.
L'auteur doit être une tierce personne par rapport au receleur. On ne peut pas être auteur de l'infraction primaire et receleur du produit de cette infraction.

Lorsqu'on a un vol commis la personne, qui vole la chose, la vole pour la conserver, et en absolue, on a un concours d'infraction.

En réalité, cette solution de concours est rejetée, c'est incompatible.

Cela s'explique par la règle non bis in indem.
L'usage ou le profit de la chose, ne sont que la continuation immédiate du vol. En conservant la chose, on ne fait pas preuve de continuation de la première criminalité.
On ne peut pas être condamné deux fois pour les mêmes faits.

On a des limites : Elle a pour conséquence qu'on ne peut pas être auteur de la première infraction et receleur, en revanche on peut être complice de l'infraction primaire et receleur du produit issu de cette infraction primaire.

Le 15 mars 2010.

§2) Les choses susceptibles de recel.

On a d'une part, les rapports entre la chose objet de l'infraction primaire et la chose objet du recel et ensuite la nature de la chose, objet du recel.

Ces rapports peuvent être des rapports d'identité. L'identité entre la chose objet de l'infraction primaire et objet du recel n'est pas nécessaire, il suffit que dans la chose objet du recel on puisse retrouver en totalité ou en partie, le produit de l'infraction primaire.

Ex : Un vol qui a pour objet un chéquier. Avec ce chéquier on fait de multiples achats, celui qui détiendra en connaissance de cause les achats fait grâce à ce chéquier, sera receleur car dans les achats on retrouve ce qui a permet l'infraction primaire.

Ex : Vol de bijoux : On les vend. La personne a qui on les vend, va faire un recel sur les bijoux, et toutes les personnes qui achètent sont en partie receleur.

On explique cette solution en disant que le droit pénal du recel **fait jouer la théorie civile de la subrogation réelle** qui permet à une chose d'en représenter une autre.
Cela a pour conséquence qu'il y a fongibilité entre les choses susceptibles de recel. Elles se représentent les unes des autres.

Cela a pour conséquence que l'infraction de recel peut être « boule de neige ». ➔ Ex : On bénéficie d'un détournement de fonds d'une société.
L'infraction primaire est un abus de biens sociaux, elle porte au départ sur les fonds reçus. On achète un appartement avec les fonds. On revend l'appartement et on rachète un plus grand appartement. On recommence l'opération et on achète une maison.
Tout le temps de ce processus on commet un recel qui porte au départ sur les fonds, ensuite sur l'appartement, ensuite sur le plus grand etc.
En matière de recel, il vaut mieux tout dépenser.
➔**Le recel va se prolonger et se continuer**.

L'effet « boule de neige », c'est par exemple lorsqu'on a un vol de marchandises et que ces produits sont cédés à des personnes uniques, on aura beaucoup de personnes receleurs
Le recel porte sur une chose matérielle dans un premier temps, mais le recel doit-il avoir pour objet un bien matériel ?

-La nature des choses susceptibles de recel.
Ces choses peuvent être des choses matérielles et mobilières. Ce peut être un document, une photo provenant d'une instruction couverte par le secret de l'instruction, ce peut être un immeuble.
Ex : Est receleur celui qui occupe gratuitement l'immeuble d'une société.

Les choses susceptibles de recel peuvent être matérielles ou mobilière, cela peut résulter d'usage d'immeuble. Le recel peut-il porter sur une chose incorporelle ?

*La cause et la pertinence de l'interrogation. Le recel peut-il porter sur des choses incorporelles ?
La cause première réside dans l'indifférence de la nature de l'infraction primaire. ➔En effet, l'infraction primaire peut être une infraction contre les biens. Or certaine de ces infractions contre les biens, en particulier l'abus de confiance et l'escroquerie peuvent porter sur des informations seules.
L'indifférence a aussi pour conséquence que l'infraction primaire peut être une infraction du secret professionnel.
L'indifférence de la nature de l'infraction primaire est que cette infraction primaire peut avoir pour objet incorporel et il peut y avoir identité entre objet de l'infraction primaire et objet du recel.

La deuxième cause tient au mode de commission du recel. ➔En effet le recel peut se commettre par réception ou détention d'une chose ayant une origine frauduleuse et il peut se commettre en profitant de cette chose.

Une information seule peut être détenue et réceptionnée et on peut aussi profiter de cette information.

Donc la question de savoir si l'infraction peut porter sur une chose incorporelle est pertinente.
On a donné comme réponse des réponses jurisprudentielles et doctrinales.

- ⇨ On peut distinguer dans le temps.

Jusqu'en 1995 la doctrine enseignait que le recel peut porter sur toutes choses. Ces choses peuvent être mobilières corporelles ou incorporelles. Dans certaines hypothèses, de délit d'initié (coût de bourse privilégié), la doctrine avait enseigné que le recel de délit d'initié peut avoir pour objet l'information qu'un initié a transmis à un non initié qui a mis en œuvre par la suite l'information. ➔ <u>Le recel porte sur l'information transmise.</u>

La jurisprudence avait été rendue en *74 arrêt « Maillot ».* Un salarié d'une entreprise qui fabriquait du punch avait communiqué le secret de fabrique de ce punch à un concurrent.
Il existait au regard des salariés un secret de fabrique. Le concurrent auquel le salarié avait transmis ce secret a été poursuivit pour recel et la chambre criminelle retient la qualification car en l'espèce le concurrent avait accueilli le renseignement et l'avait mis en œuvre.

On comprend qu'on ait considéré que le recel peut porter sur une chose corporelle et incorporelle.

A partir des années 95, on freine cette solution. Dans plusieurs arrêts rendus le 3 avril 1995, la Chambre criminelle stoppe cette solution.
Le premier arrêt « CALVER ». ➔ La feuille d'impôt de monsieur CALVER a été publiée dans le canard enchainé. Cette feuille d'impôt faisait apparaître que le salaire augmentait.
Les journalistes ont été poursuivis pour recel.
L'infraction primaire c'est le délit de violation fiscale. Les premiers juges considèrent que le recel portait sur les informations divulguées.
La chambre criminelle n'a pas dénié l'existence du recel à l'encontre des journalistes, mais dans un attendu de principe, *le recel peut porter sur le support matériel d'une information, mais il ne peut pas porter sur une information seule.*

➔La feuille d'impôt est bien le support matériel.

Le deuxième arrêt « Péchinet » relatif à un recel de délit d'initié. Suivant la doctrine initiale, les premiers juges avaient considéré que dans ce recel l'objet du recel c'est l'information qui avait été communiquée.
La chambre criminelle adopte un attendu de principe dans lequel elle déclare que *le recel ne peut pas porter sur l'information privilégiée seule et qu'il ne porte que sur le produit de délit d'initié*.
Il y a un fondement formel. La chambre criminelle a relevé que le texte d'incrimination vise le recel de chose. La chose sous entend une matérialité qui s'oppose à ce que l'on fasse porter le recel sur l'information seule.

<u>Cette justification est-elle satisfaisante ?</u>
La solution selon laquelle le recel ne peut pas porter sur une information seule est au départ parfaitement justifiée.
Les hypothèses principalement concernées sont des hypothèses ou l'infraction préalable est une violation du secret professionnel. Ce délit ne concerne que les personnes tenues par ce secret.

L'infraction se traduit par **une captation purement intellectuelle de l'information**. Or on ne peut pas admettre des infractions se commettant intellectuellement. Il faut un fait matériel pour que l'infraction soit constituée. De plus, si on admettait qu'on devenait receleur, on pouvait devenir

receleur sans le vouloir, si lors d'un diné, un avocat révèle des informations tenues par le secret professionnel.

*La portée de la solution selon laquelle le recel ne peut pas porter sur une information seule.
Cette solution négative comporte des limites.
Ces restrictions ou atténuations concernent la solution consacrée dans l'affaire CALVER et qui concerne un recel reproché à des journalistes qui avait publié une feuille d'impôt.
Les journalistes ont fait valoir que si l'information doit être fiable, il faut la justifier, et donc en publiant la feuille d'impôt.
A partir de cette publication, on devient receleur. Si on ne veut pas être exposé à la sanction pénale du recel, il faut publier l'information sans justificatif.
Mais dans ce cas là, il pourrait y avoir diffamation.
Dans la diffamation on peut se défendre en invoquant la vérité, mais pour développer la preuve, il faut ressortir la feuille d'impôt.
Cette argumentation était pertinente, cela a conduit les deux journalistes à faire un recours devant la CEDH.
Ce recours a été fondé sur le procès équitable et sur l'article 10 de la CEDH.
La CEDH a considéré : *que le droit au public à l'information était bafoué*.
La publication a eut lieu dans le cadre d'un conflit social, c'est pourquoi la CEDH a condamné la France pour l'application du recel faite dans l'affaire.

La chambre criminelle a persisté dans sa jurisprudence.
Ex : Ecoute de l'Elysée.

Toutefois une atténuation est intervenue dans *un arrêt du 11 juillet 2002.* La chambre criminelle a admis que des journalistes n'avaient pas reproduit le document d'où provenait l'information et qui donc été poursuivis pour diffamation. Ces journalistes pouvaient produire pour bénéficier de la vérité le document produit d'une violation du secret professionnel pour les besoins de leur défense.
Dans cet arrêt, on admet que *le fait justificatif des droits de la défense permet d'utiliser les documents objet de recel de violation du secret professionnel.*

➔Cette solution a été consacrée par *la loi du 4 janvier 2010* relatif au statut des journalistes.

La deuxième atténuation s'apprécie par rapport à l'arrêt « Péchinet ». Dans cet arrêt, la chambre criminelle a posé en principe que le recel ne peut pas porter sur l'information seule et que le recel portait sur le produit de l'infraction d'initié ainsi réalisé.
Il résulte de la structure générale de cet attendu, qu'on ne peut pas commettre un recel de délit d'initié par la seule réception de l'information mais que l'on devient initié lorsqu'on met en œuvre l'information.
Cela signifie que celui qui reçoit une information frauduleuse ne peut pas par cette seule réception devenir receleur.
En revanche si suite à cette réception, il exploite patrimonialement l'information, ou il profite de l'information, il devient receleur.
Dans une certaine mesure, les principes de solution correspondent à ceux qui avaient été dégagé dans *l'arrêt Maillot.* ➔ On devient receleur car le recel peut se commettre simplement en bénéficiant d'une chose.

Le recel peut avoir un objet incorporel et cela est confirmé par une jurisprudence qui admet le recel de droit. Les droits sont des biens incorporels.
Arrêt : Il y avait une SARL avec deux gérants, un monsieur et son gendre. Il vend la SARL à un tiers et c'est le gendre qui doit vendre.

Le gendre trafique les bilans. Le tiers achète à un prix élevé. Après avoir signé cette personne s'aperçoit qu'elle a acheté trop chère.
Elle refuse de payer la totalité. Elle a assorti son refus d'une action en recel contre le gendre et le beau père qui était majoritaire. Le beau père fait valoir qu'il n'y a pas d'objet du recel.
L'engagement d'achat c'est le droit d'obtenir le paiement.
L'escroquerie en elle-même est consommée dès qu'on a obtenue un engagement. Cet arrêt consacre un recel de droit au motif que ce droit entrait dans l'actif.

§2) Les éléments constitutifs du recel.

1) Elément matériel.

Il y a deux modes de recel Article 321-1 alinéas 1 et 2.
Le recel est le fait de **dissimuler, détenir, transmettre ou de faire office d'intermédiaire dans la transmission d'un bien ayant une origine frauduleuse.**
On commence par viser la dissimulation. Elle peut intervenir dans le cadre du recel. La dissimulation n'est pas une condition du recel, elle peut caractériser le recel, mais sans toutefois être une condition.

Le texte vise le fait de détenir une chose ayant une origine frauduleuse. La détention suppose la réception préalable. La réception peut être de courte durée, ainsi par exemple le garagiste auquel on va remettre le 4*4 volé pour changer les plaques d'immatriculation, le garagiste commet un recel.
On peut avoir une réception par inscription sur un compte bancaire.
Il n'ait pas besoin que le receleur ait la chose entre les mains.
Le texte vise dans son alinéa 1 **le fait de faire office d'intermédiaire**. En conséquence, est receleur celui qui par téléphone commande des camions volés ou celui qui met en contact deux personnes par téléphone, une commandante des camions volés, de candidat à l'achat de camions volés. Le coup de téléphone par lequel on fait l'intermédiaire.
Le fait de bénéficier par tous moyens d'un produit issus d'un crime ou d'un délit, c'est le recel bénéfice.
Il est apparu dans la jurisprudence avant.
Celui qui en connaissance de cause accepte de faire une promenade dans une voiture qu'un de ces amis vient de voler, le seul fait de se faire transporter dans la voiture rend receleur.
Cet arrêt consacrait le recel d'usage.

Par la suite ce recel d'usage a encore été étendu. Le délit peut se faire en bénéficiant d'un crime ou un délit. Par exemple, en consommant les choses que le voleur offre, on est receleur.
La personne qui accepte de se faire payer par des fonds qui sont volés est receleur.

Le profit peut être un **profit matériel mais aussi moral ou esthétique.**
Cela concerne un arrêt dans lequel un mari généreux avait offert à sa femme un collier acheté à un voleur.
On a considéré que le mari était receleur a raison du profit esthétique.

La notion de recel profit permet d'étendre la réception. Dès qu'on profite d'une chose volée, on est receleur.

2) Elément intentionnel.

Il consiste, **il réside dans la connaissance de l'origine frauduleuse**. Cette connaissance doit être entendue car elle ne suppose pas que le receleur connaisse l'infraction primaire ou l'auteur de l'infraction primaire. Il suffit qu'il puisse savoir, connaître l'origine frauduleuse de la chose.

Cet élément doit être prouvé. Cette preuve est facilitée car elle pourra résulter des circonstances.
La dissimulation suffira à établir la mauvaise foi. Les circonstances de l'obtention ayant une origine frauduleuse peuvent suffire à établir l'existence de la mauvaise fois.

L'élément intentionnel peut se déduire des circonstances d'obtention de la chose.

A partir de quand doit exister la connaissance de l'origine frauduleuse que l'on appelle aussi la mauvaise foi.
Il y a eut une évolution de jurisprudence. Jusqu'en 78 la jurisprudence admet que *la connaissance peut être réalisée au moment de la réception de la chose.*
Avant 78, la jurisprudence allait plus loin. Au moment de la réception de la chose, si on est de bonne foi, est-ce qu'on est receleur ou pas ?
La chambre criminelle à partir de 78, revirement de jurisprudence. *Il y a possession et propriété de la chose quand la possession est régulière et que celle-ci s'est faite de bonne foi.*
Depuis 78 on est plus receleur si on peut invoquer la possession de l'article 2279 du code civil.

Section 2 : Les poursuites.

1) S'agissant de la prescription.

C'est une prescription triennale, le point de départ peut varier. En effet le recel peut être une infraction instantanée. C'est le cas lorsque la réception ne dure que quelques secondes.
➔Dans ces hypothèses **la prescription court de l'acte qui consomme totalement le recel.**
La détention peut être multipliée par l'effet « boule de neige ». Si dans certain cas c'est une infraction instantanée, elle peut dans d'autre cas être une infraction continue, qui dure tout le temps où l'on détient la chose ayant une origine frauduleuse.
➔**La prescription court du jour ou la détention de la chose a pris fin.**

Il y a une indépendance entre la prescription de l'infraction primaire et la prescription du recel. Si l'infraction primaire est un vol, la prescription triennale sera acquise trois ans après ce vol.
Le recel n'aura pas commencé à se prescrire alors que le vol sera prescrit depuis longtemps.

Il y a des limites à partir de 97.
Il s'agissait d'un recel d'abus de biens sociaux. Le maire de Grenoble avait bénéficié gratuitement de la mise à disposition par une société d'un appartement à Paris. C'est un recel d'abus de biens sociaux. On découvre ce recel trois ans après que le maire de Grenoble ait cessé d'occuper l'appartement. Au regard de cela, on découvre ce recel trois ans après que le maire de Grenoble ait cessé d'occuper l'appartement.
Le recel était prescrit. La prescription a été refusée au motif que l'abus de bien sociaux ne commence à se prescrire que du jour ou il a été découvert dans des conditions permettant la mise en mouvement d'action publique. Dans cette affaire, l'abus de bien sociaux lui-même n'avait pas été découvert de sorte qu'il lui a été opposé que son recel n'a pas pu commencer à se prescrire tant que l'infraction primaire n'avait pas elle-même commencé à se prescrire.
En résumé lorsque l'infraction primaire est une infraction dont la prescription est retardée au jour de la découverte de cette infraction, on déroge au principe de départ régissant la prescription du recel car **un recel prescrit ne le sera pas si l'infraction primaire n'a pas commencé à se prescrire.**

Selon l'article 203 du CPP, l'infraction primaire et le recel sont des infractions en relation de connexité. C'est un facteur de prorogation de conséquence. Cela a pour conséquence que la juridiction compétente pour le recel est aussi compétente pour l'infraction primaire.
➔La connexité a aussi pour conséquence que les juridictions françaises seront compétentes pour un recel commis à l'étranger dès lors que l'infraction primaire a été commise en France.

L'inverse est également possible.

Cette connexité entre l'infraction primaire et le recel a aussi de notable conséquence sur les réparations civiles.
Les coauteurs ou complices sont solidairement tenus des réparations civiles. Cette solidarité peut aussi trouver sa cause dans la connexité de deux infractions. Les juges peuvent faire jouer la solidarité. En conséquence, il peut y avoir condamnation solidaire de l'auteur de l'infraction primaire et du receleur. Ainsi il a été admis que celui qui a pris place dans une voiture volée peut être condamné solidairement avec le voleur. La voiture avait été endommagée pendant le vol.
Cette solidarité dans les réparations civiles va très loin. ➔Le receleur peut être solidairement tenu avec l'auteur de l'infraction de la totalité des restitutions dues à la victime même si le receleur n'a reçu qu'une partie du produit de l'infraction primaire.

Ex : On a un vol de bijoux contenu dans une cassette ou coffre fort. On l'achète à vil prix, on est receleur, mais dans les réparations civiles on peut être tenus pour le bijou volé et aussi tous les autres. La solidarité est redoutable.

Dans ce cas là, il est a noté que la solidarité ne peut jouer que s'il y a condamnation de l'infraction primaire.

Pour la répression, dans les infractions du recel, on a 321-6 alinéa 1 et 2 qui instaure une présomption de recel. Est présumé receleur celui qui vit avec des personnes se livrant à des infractions et qui ne peuvent pas justifier de leur ressource.
L'article 321-7 et 8 qui concerne les antiquaires et brocanteur qui ont l'obligation de tenir un livre de tous les biens mobiliers qu'ils mettent en vente.

Le 17 mars 2010.

Chapitre 2 : Le blanchiment.

C'est le blanchiment d'argent sale. Le texte d'incrimination de référence c'est l'article 324-1 du code pénal. Il dispose dans son alinéa 1er : *le blanchiment est le fait de faciliter par tous moyens la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect.*

Dans l'alinéa 2eme, il ajoute que constitue aussi un blanchiment *le fait d'apporter un concours à une opération de placement, dissimulation ou conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit.*

La particularité du blanchiment par rapport au recel c'est que sa finalité est de donner l'apparence de la licéité à des fonds, des biens, ayant une origine frauduleuse.

Section 1 : Historique de cette incrimination.

En ce qui concerne l'historique, **le blanchiment est un délit conséquence**, le recel est incriminé depuis 1915 alors que le blanchiment ne l'est que depuis les années 80 à la suite de concertation internationale. Il y avait une amplification des blanchiments.
Elle a été opérée en premier lieu pour le blanchiment d'argent provenant des trafics de stupéfiants.
Il a été adopté une convention de Vienne sur le trafic de stupéfiant et le blanchiment du trafic de stupéfiant.
La France avait anticipé sur la Convention de Vienne en incriminant dès 1987 le blanchiment d'argent issus du trafic de stupéfiants.

Cette incrimination figure actuellement **à l'article 222-8 du code pénal.**
On a instauré un délit de blanchiment du produit d'infraction douanière, qui regroupe les produits du trafic de stupéfiant et les infractions douanières.
Cette incrimination est incriminée **par l'article 315 du code des douanes.**

A partir des années 90 dans le cadre du conseil de l'Europe de l'époque a été adoptée la convention de Strasbourg sur le blanchiment.
Suite à la convention de Strasbourg, on a adopté en 1996 (13 mai 1996) un nouveau délit blanchiment, c'est le délit général de blanchiment. C'est cette loi qui a donné naissance aux textes qui figurent à l'article 324-1.

En 1996 lorsqu'on introduit le délit général de blanchiment, on aurait pu envisager de supprimer les délits spéciaux qui existaient. Mais rien n'a été supprimé. ➔On a les délits spéciaux et généraux.
Cela se justifie car les autorités de poursuites ont des pouvoirs d'investigation très poussée.
Selon la jurisprudence on peut avoir un concours des délits spéciaux et du délit général.

*Les caractéristiques.

Les caractéristiques générales sont pour l'essentiel au nombre de trois. Tout d'abord, certain blanchiment sont des petits blanchiments. Alors que d'autres blanchiments sont systématiques de type mafieux et à dimension internationale.
D'autre part, s'agissant du deuxième genre de blanchiment, **ils comportent trois étapes dans son processus achevé concourant à dissimuler la traçabilité de l'argent** qu'on a insérer dans le circuit licite.

Constitue une menace majeure pour l'ordre public en général et pour l'ordre public économique et financier en particulier.

On a une distinction entre petit blanchiment et gros blanchiment.
Certain blanchiment sont des blanchiments occasionnels présentant de caractère artisanal.

Ex : Quand un commerçant pour blanchir sa caisse noire, il pourra avoir recours au système qui consiste à acheter à un gagnant au loto son billet gagnant.

Ex : sur les champs de course, les personnes qui gagnent sont approchés par des personnes qui veulent blanchir de l'argent.

Le blanchiment peut aussi être systématique et sophistiqués. Ils sont reliés à l'activité de la criminalité organisée et qui va blanchir le produit du trafic de stupéfiant.
Ce type de blanchiment s'effectue par des procédés multiples en exploitant les ressources variées et en utilisant la mondialisation de l'économie et des placements financiers via des paradis fiscaux situés dans des pays peut regardant sur le blanchiment, mais dans lesquels des banques respectables ont des agences ou correspondants.

On avait les iles caïman, chypre, Monaco etc.

Le produit d'activité criminelle par exemple trafic de stupéfiant, le produit de ce trafic pourra être déposé dans des banques dans des paradis fiscaux, ensuite être transférée dans une autre, puis dans une autre, puis aux états unis, puis revenir en France.

Ce genre de blanchiment systématique comporte généralement trois étapes.

Les trois étapes classiques du blanchiment supposent qu'on envisage le processus achevé du blanchiment. Une seule étape suffit à constituer le délit.
Il faut que le blanchiment soit constitué en respect des textes de la convention et de la CAFI.

La première est la plus délicate à exécuter. **C'est le placement.** ➔Elle consiste à transformer les sommes provenant de l'activité criminelle pour les faire entrer dans le circuit licite. Les moyens sont nombreux et variés, ce peut être des dépôts fractionnés au sein d'établissement financier, de virements internationaux, d'investissement dans des secteurs d'activités impliquant ou produisant d'importantes liquidités. ➔<u>On va investir dans des entreprises qui génèrent de l'argent liquide.</u>

Cette première étape est la plus dangereuse car généralement le produit de cette étape est proche du lieu de commission de l'infraction. L'origine illicite peut facilement être retrouvée.

Le deuxième **c'est l'empilage avec conversion**. C'est une phase de conversion afin de faire disparaître ou d'atténuer la trace de l'origine frauduleuse des fonds, les procédés employés sont multiples. Ils consistent de faire un maximum d'opération emportant déplacement des fonds d'une opération à une autre de façon à s'éloigner des sources de l'origine frauduleuse. Cela se fait souvent sur des territoires non coopératifs pour la lutte contre le blanchiment.
Cela va créer un « coupe circuit ».

La troisième étape **c'est l'intégration**. Les produits frauduleux acquièrent une apparence de légitimité, ils sont intégrés sous forme d'investissement, par voie de transaction immobilière, de remboursement à des filiales de dettes fictives. Les sommes blanchies de la sorte atteignent des montants colossaux.

Le blanchiment est dangereux pour l'ordre public en général. <u>Le blanchiment augmente la puissance économique et financière et malfaiteur et des mafias en général.</u>
Le blanchiment leur permet d'user dans leur investissement des méthodes propres aux mafieux et dans ces méthodes propres aux mafieux, il y a souvent **la corruption.** Les mafias qui blanchissent leur argent ne vont pas hésiter à corrompre pour pouvoir entrer dans le circuit.

Par ailleurs, les mafias professionnelles n'obéissent pas à la logique financière commune. ➔ **Leur objectif principal c'est donné l'apparence de la licéité.**
On a des mouvements de capitaux qui peuvent déstabiliser la régulation économique. C'est souvent avec le blanchiment d'activité criminelle, blanchiment du trafic d'opium qu'est financé le terrorisme.

Le blanchiment peut être le fait d'opérateurs d'affaire, qui concourent au blanchiment d'argent servant à la corruption internationale qui est elle aussi un facteur majeur de déstabilisation d'ordre public.
Pour obtenir certains marchés de matières premières dans des pays, il faut parfois corrompre le dirigeant.
<u>A l'heure actuelle le blanchiment est une infraction qui est la préoccupation majeure des pôles économiques et financiers.</u>

<u>Section 2 : Les composantes du blanchiment</u>

On distinguera entre les conditions préalables et les éléments constitutifs.
<u>Les conditions préalables</u> : Le blanchiment **nécessite une infraction préalable.**
L'infraction primaire au blanchiment nécessite de voir la nature de l'infraction primaire, le caractère objectivement punissable et ensuite l'auteur de l'infraction primaire.

*La nature : L'infraction primaire doit être un crime ou un délit, mais peut importe la nature du délit primaire. Ce peut être abus de confiance, faux, abus de confiance, produit d'importation illicite de bétails.

Etant donné que peu importe la nature de l'infraction primaire, ce peut être la violation de secret de fabrique, peu importe l'infraction primaire, on est amené à dire qu'un recel peut être l'infraction primaire d'un blanchiment.
Inversement le blanchiment peut être l'infraction primaire d'un recel. Il faut que l'infraction primaire du blanchiment soit comme l'infraction primaire du recel, **soit objectivement qualifiable.**

Cela signifie qu'il faut que le délit préalable puisse être objectivement qualifié. En pratique pour rendre compte de cette exigence, il est permit de distinguer deux hypothèses.
L'auteur de l'infraction primaire a été poursuivit mais il a été relaxé.
Il faut distinguer trois cas.

-L'auteur poursuivit mais relaxé l'a été parce que **la loi pénale qu'on voulait appliquer n'était pas applicable.** Cela peut viser le cas de l'abrogation de la loi pénale, les cas où l'infraction primaire bénéficie d'une amnistie, cela peut viser le cas où l'on admet que les éléments matériels ne sont pas constitués.

-Le deuxième cas concernant l'auteur de l'infraction, est celui dans lequel il a été relaxé pour des raisons qui lui ont été personnel. **Démence, immunité familiale.**
Dans ce cas là l'auteur ne peut pas être condamné car il bénéficie d'une cause d'irresponsabilité pénale, mais cette cause dont il bénéficie ne retire pas au fait leur caractère matériellement, objectivement punissable.

-Le troisième cas, c'est celui dans lequel ou **l'auteur est relaxé pour une raison procédurale.** L'infraction est prescrite, mais le fait est toujours objectivement qualifiable.

Dans la deuxième hypothèse l'auteur peut être décédé, inconnu ou en fuite.

- **le fait de l'infraction primaire ne fait pas de doute**. Il peut admettre l'existence de l'infraction primaire.
- Dans le deuxième cas, **l'infraction primaire est probable, mais on n'est pas certain qu'elle puisse être retenue car son existence est soumise à certaines conditions**. C'est l'hypothèse dans laquelle l'infraction primaire est la violation d'un secret professionnel, ou la violation d'un secret de fabrique. Il faut une certaine qualité de personne, et on n'est pas certain que cette qualité est remplie.

Néanmoins les juges pourront admettre l'existence de l'infraction primaire qui peut être probable. Cette solution n'est pas toujours constante.

Pour comprendre cette hypothèse :
La fraude fiscale peut être un délit purement fiscal qui nous expose à des redressements ou à des pénalités fiscales, mais il peut aussi être en outre et en plus constitutif du délit pénal de fraude fiscale.
Il en ait ainsi dans trois cas.
*Défaut total de déclaration.
*Dissimulation de revenu, ou
*organisation frauduleuse d'insolvabilité.

Les poursuites pénales pour fraudes fiscales sont soumises à deux conditions :

Elles supposent un avis préalable de la CIF ou commission des infractions fiscales et une plainte de l'administration fiscale.
La question qui se pose est la suivante : Est-ce que le juge de recel peut admettre l'existence de l'infraction primaire de fraude fiscale qui correspond aux trois cas visés, même s'il n'y a pas eu d'avis de la CIF et de plainte de l'infraction fiscale.
Les réponses jurisprudentielles ont évoluées et on fait l'objet de revirement.

Dans un arrêt du 14 décembre 2000, il a été admis que l'infraction primaire du recel ne pouvait pas être située dans la fraude fiscale s'il n'y avait pas eut d'avis de la CIF et de plainte de la fraude fiscale.
Les juges ont considérés que la plainte et l'avis de la CFI correspondaient à des conditions d'existence de fonds de la fraude fiscale.

En revanche, **dans un arrêt du 20 février 2008,** rendu à propos du blanchiment mais qui opère revirement, la chambre criminelle vient déclarer que le juge du blanchiment peut en se référant aux éléments de la cause, admettre l'existence préalable de l'infraction primaire de fraude fiscale même s'il n'y a pas eut avis de la CIF et plainte de l'administration fiscale.
Elles sont prévues par un article du livre de procédure fiscale et ce livre ne parle pas de blanchiment.

Si le juge du blanchiment trouve dans le dossier des éléments lui permettant d'admettre l'existence préalable de la fraude fiscale ➔ Il peut le faire.

<u>L'auteur de l'infraction primaire :</u>
Sous le rapport du recel, l'auteur de l'infraction ne peut pas être receleur du produit de l'infraction qu'il a commise, toutefois, cette règle est limitée dans sa portée car elle ne concerne que l'auteur de l'infraction primaire.

Or le blanchiment peut être l'infraction primaire du recel. En conséquence et cela était admis par **l'arrêt du 20 février 2008**. Quand l'auteur d'une infraction primaire remet à un tiers une partie du produit de cette fraude, pour que ce tiers achète une voiture luxueuse dont il ait convenu qu'elle sera la propriété de l'auteur de l'infraction, l'auteur de l'infraction primaire va être complice par fourniture de moyen du blanchiment effectué pour son compte et receleur par recel bénéfice de la voiture blanchie.

En revanche en matière de blanchiment, **l'auteur de l'infraction primaire peut être son propre blanchisseur. C'est l'hypothèse de l'auto blanchiment.**
Il y a une différence entre le recel et le blanchiment. Il faut pour comprendre distinguer dans le temps et se reporter à la rédaction de l'article 324-1.
Jusqu'en 2000, la tendance doctrinale était à considérer que ce qui était admis pour le recel devait valoir pour le blanchiment.
Cette solution était renforcée par des arguments de texte fondée sur la rédaction de l'alinéa 1 et alinéa 2.
En visant l'auteur d'un crime ou d'un délit, le texte vise un tiers. Donc la lettre de la rédaction de l'article 324-1 postule que l'auteur de l'infraction primaire soit une personne distincte du blanchisseur.
Dans l'alinéa 2 le texte vise le fait d'apporter un concours à une opération de dissimulation, conversion. La doctrine dit qu'on ne prête concours qu'à un tiers ;

La jurisprudence n'a pas admis cela. **Dans un arrêt du 14 janvier 2004**, la chambre criminelle a censuré des premiers juges qui avaient fait valoir que le terme concours à une opération de blanchiment postule la même solution qu'en matière de recel. *La chambre criminelle précise que les juges qui se fondent sur le terme concours méconnaissent le sens de l'article 324-1.*

En général cet arrêt qui concerne la deuxième modalité de blanchiment, admet le cumul de l'auto blanchiment. Cet arrêt a été très critiqué.
La critique semble excessive car l'article 324-1 alinéas 2 vise le concours à une opération de placement, dissimulation ou conversion etc. Donc cet alinéa 2 reproduit le processus du blanchiment tel que décrit par le GAFI.
Le texte se réfère au concours, au processus du blanchiment. Il y a une opération qui comporte plusieurs étapes en intervenant uniquement dans une seule des étapes.
Par ailleurs, le blanchiment tend à protéger l'ordre public, économique et financier. Il a donc une finalité protectrice qui lui est propre.
Cette possibilité a été admise pour la première possibilité du recel.

Le 22 mars 2010.

Article 324-1 code pénal : « *Le blanchiment est le fait de faciliter par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect.*
Constitue également un blanchiment le fait d'apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit.
Le blanchiment est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000€ d'amende.

La première modalité consiste en la facilitation mensongère des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou un délit auquel ce crime ou le délit a procuré un profit direct ou indirect.
➔Il résulte que le blanchisseur doit être une personne autre que l'auteur de l'infraction primaire.
Donc on ne pourrait pas être auteur de l'infraction primaire et auteur du blanchiment.

Toutefois, dans un arrêt du 20 février 2008.

- ⇨ **Les faits :** Une personne a été condamnée pour facilitation du blanchiment de fraude fiscale. C'est la première modalité du délit qui a été retenu.

Certains auteurs considèrent que l'arrêt du 20 février 2008, admet aussi la possibilité de cumul de la qualité d'auteur de l'infraction primaire et du blanchiment par facilitation mensongère.
Cette interprétation est confortée par un autre arrêt qui précise que le blanchiment de l'article 324-1 peut être reproché à l'auteur de l'infraction primaire.
Certains auteurs se montrent critiques dans la mesure où l'arrêt admettrait le cumul d'auteur de l'infraction primaire et auteur du blanchiment.

Cette critique est incontournable. La critique peut être atténuée car la première modalité du délit, à savoir la facilitation mensongère de l'origine des biens, passe par **des opérations qui emportent aussi commission de la seconde modalité.**
Quand on facilite la justification mensongère, on aide à dissimuler le caractère frauduleux de ces revenus, ou à le convertir etc.

*Les choses susceptibles de blanchiment.
On a dans un premier temps, les rapports entre la chose objet de l'infraction primaire et la chose objet du blanchiment. Il y a identité avec le recel.
Le produit peut être identique à l'infraction primaire, et ce peut être un produit qui représente le produit.
Cela a pour conséquence, que le blanchiment comme le recel peut être une infraction boule de neige.

*Pour ce qui est de la nature des choses, ➔le recel ne peut pas avoir pour objet un bien incorporel et en particulier une information seule.

On ne la retrouve pas à propos du blanchiment.
Il faut admettre (convention de Strasbourg) qui adopte le délit général de blanchiment. **Le délit de blanchiment peut porter sur un bien incorporel.**

*Les éléments constitutifs. On peut distinguer entre l'élément matériel et l'élément intentionnel.

L'élément matériel. Il peut se commettre selon deux modalités précisées aux alinéas 1 et 2.
Pour la première modalité, elle réside dans la facilitation mensongère de l'origine des biens ou des revenus, de l'auteur d'un crime ou d'un délit, qui a procuré à celui-ci un profit direct ou indirect.

1ere question : Le blanchiment de l'article 324-1 alinéa 1, est-il distinct de celui de l'alinéa 2 ?
La logique est de dire oui.

En réalité, cela n'est pas évident. D'une part, l'incrimination dans un alinéa particulier de la facilitation mensongère est une spécificité purement française.

En facilitant la justification mensongère, on procède nécessairement à une opération de dissimulation, soit de placement, soit de conversion du produit de crime ou de délit commis par ce tiers.
La première modalité peut se confondre avec les modes de la deuxième modalité.

La deuxième question : La première modalité se confond t-elle avec l'article 321-6 (délit assimilé au recel).
Cet article 321-6 assimile au recel le *fait de ne pas pouvoir justifier de ses ressources ou de son train de vie, alors qu'on vit avec une personne qui se livre à des crimes ou des délits punis de plus de 5 ans d'emprisonnement.*
C'est le délit de défaut de justification de ressource.

L'article 321-6 alinéa 2 incrimine la facilitation de la justification de ressources fictives d'une personne, ou de personnes se livrant à des crimes ou délit punis de plus de 5 ans.

Cette seconde modalité du délit assimilés au recel de 321-6 alinéa 2, peut se confondre avec la première modalité possible de commission du blanchiment telle qu'incriminé par l'article 324-1.
Dans ce cas là, on peut avoir un cumul idéal d'infraction entre 321-6 alinéa 2 et la première modalité de blanchiment.

Dans ce cas, là, on peut retenir la qualification pénale la plus haute.
➔Il peut y avoir des problèmes de frontière entre recel et blanchiment.

Comment se commet la première modalité ?
Elle se commet par la facilitation mensongère par tout moyens de l'origine des biens ou des revenus.
En pratique cette première modalité peut se commettre **en fournissant de faux titres de justification de propriété ou de ressources.**

On peut procéder à la première modalité du délit en lui fournissant de faux titre de propriété de sa voiture. On peut justifier ses revenus en faisant de fausses fiches de paie.
Ceux qui fournissent des faux, commettent le délit dans sa première modalité.

La première modalité peut se commettre **en participant à des manœuvres permettant à l'auteur de l'infraction primaire d'obtenir des titres de justification, de ces biens ou de ces revenus**.

Une personne va mettre au point avec l'auteur de l'infraction primaire qui a de l'argent à blanchir, l'idée de se faire faire un procès.
Dans ce cas la, l'auteur de l'infraction primaire pourra dire que ces revenus provienne des dommages et intérêt qu'il perçoit.

On aura un cumul, escroquerie au jugement, faux,

La deuxième modalité du délit :
Forme de l'alinéa 2: on prête son concours à une opération de placement, dissimulation ou conversion.

Le placement, pourra consister à commencer à placer. Une seule des étapes suffit à placer le délit. **Le placement pourra consister à placer l'argent liquide de façon fractionné sur des comptes bancaires, le fait d'un juriste ou d'un notaire qui régularise un acte d'achat un immeuble dont il sait qu'il est financé par de l'argent sale.**

La dissimulation pourra être le fait de personne qui accepte d'être prête nom, d'essayer de passer de l'argent sale à la douane.

La conversion peut être l'échange d'un billet de lotto gagnant, achat d'immeuble, investissement.

*L'élément intentionnel.
S'agissant de sa consistance, il est requis, il suppose **une connaissance de l'origine frauduleuse des biens blanchis.**
Par rapport au recel, l'élément intentionnel du blanchiment suppose en outre **une volonté de donner l'apparence de la licéité**, ou de participer à une telle entreprise, issu du blanchiment.
Cela suppose la connaissance d'une origine frauduleuse. Les procédés visés par le texte, ce sont les opérations de placements, dissimulation et conversion.
Ces modalités peuvent aussi être des modalités de commission d'un recel.

- ⇨ On peut avoir un conflit de qualification entre recel et blanchiment. C'est au travers de l'élément intentionnel qu'on pourra trancher ce conflit.

Si celui qui reçoit les fonds veut les conserver pour son bien être personnel, c'est la qualification de recel qui devra être retenu.
Si pour une raison ou une autre, on peut admettre que celui qui reçoit ou qui gère les fonds ayant une origine frauduleuse, le fait pour donner l'apparence de licéité, c'est la qualification de blanchiment qui devra l'emporter.

Toute la question de la frontière, blanchiment va être l'analyse des indices.

Section 3 : Les poursuites et la répression, et la prévention du blanchiment.

Sous le rapport des poursuites, le blanchiment ne se fait pas ouvertement.
Il faut savoir que le blanchiment dès lors qu'il est commis en bande organisée peut permettre la criminalité organisée.

Arrêt de 2008 : Bien que le blanchiment soit une infraction clandestine, la jurisprudence admet qu'on peut mettre en œuvre les procédés de flagrance.
Normalement c'est que pour les infractions apparentes.
Les juges ont admis que des lors que la personne arrêté avait commis un blanchiment, on peut invoquer la flagrance.

Deux jeunes personnes sont arrêtées à une frontière espagnole pour usage de stupéfiant. On découvre beaucoup d'argent liquide.
Tous les billets avaient des odeurs. Ces personnes étaient aussi auteur d'un trafic de stupéfiant.
Donc poursuite pour trafic de stupéfiant dans le cadre des enquêtes de flagrance.

Une des grandes sources, **c'est la cellule de traitement de l'information financière TRACFIN.** C'est une cellule de renseignement sur l'activité financière illicite. ➔Dès que quelque chose parait louche, on retransmet à TRACFIN.

En ce qui concerne la prescription de l'infraction, selon les cas, **l'infraction peut être instantanée, ou continue.**

En ce qui concerne les concours, les cumuls de qualification, le délit général de blanchiment peut se cumuler avec les délits spéciaux de blanchiment.
On peut avoir des conflits, et on peut être complice du blanchiment, et pour une autre partie des sommes, son propre blanchisseur.

*Pour la répression, peine, principale, emprisonnement, en fonction de l'importance du produit blanchit, on a les peine principale et complémentaire.
Dans les peines complémentaires, il **y a la confiscation générale des biens de l'auteur de l'infraction**.
La meilleure façon de lutter c'est d'enlever le profit. La confiscation peut porter sur tous les biens de la personne.

La chancellerie a donné mission de forcer sur les blanchiments.

*La prévention du blanchiment.

La prévention du blanchiment se traduit par **l'obligation de certain professionnel à participer à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.**
Il y a un lien entre le blanchiment et financement du terrorisme. Ces obligations de participation de certain professionnel, a été mis en place à partir de 1990, adopté après la convention de Strasbourg. Cette loi a été modifiée de nombreuses fois.
Les dernières directives ont élargit la lutte contre le blanchiment et la lutte contre le terrorisme.

L'obligation de ces professionnels **concerne les blanchiments punis de plus d'un an d'emprisonnement.**
La loi de 90 prévoyait ces obligations pour la criminalité organisée.
Désormais ces obligations des professionnels à participer à ces luttes, se sont étendues et cela englobe le blanchiment de fraude fiscale.

Qu'elles sont les professionnels assujettis ?

Les professionnels assujettis sont listés. La liste s'est allongée avec le temps à **l'article 561-2 du CMF**.
Dans cette liste figure, tous les établissements financiers, les assureurs, les agents immobiliers, les marchands de biens, les personnes spécialisées dans le commerce de pierre précieuse, certaines professions, du droit et du chiffre. Les avocats, les notaires, les huissiers, les experts comptables, les commissaires au compte.

La compréhension est difficile.
Il y a d'abord cette liste, et on précise dans **561-1 du CMF**. « *Les personnes non listées, mais qui conseillent des opérations entrainant des mouvements de capitaux ont l'obligation de révéler au procureur de la république les infractions à l'interdiction du blanchiment ».*

Cela visera les vendeurs de voitures de luxe, de yatch, d'avions privés, qui acceptent d'être payés en liquide ou par des virements dans les paradis fiscaux.

Si on s'intéresse à ces personnes, qu'elles obligations ont-elles ?
Des obligations de vigilance, et d'autre part, **des obligations de déclaration de soupçon de blanchiment aux organismes de TRACFIN.**

Les obligations de vigilance ont été modifiées par l'ordonnance de 2009. Elles ont pour conséquence que **les personnes visées par la liste doivent savoir avec qui elles entrent en relation d'affaire**.
Elles doivent vérifier l'activité.
Ce sont des obligations de vigilance. Ces obligations peuvent varier. Ces obligations de vigilance peuvent être **standards**, s'informer sur l'information, **renforcée**, si l'opération présente des risques plus grands, **allégée** pour des opérations d'un montant faible et occasionnel.
Les obligations de vigilance varient avec l'intensité du risque de blanchiment.
Si on ne peut pas obtenir les renseignements voulus, on ne doit pas entrer en relation d'affaire.

Dans la liste de 561-2 du CMF figurent des opérations juridiques, il y a des restrictions aux obligations de vigilance, en ce que les avocats n'ont pas d'obligation de vigilance.
L'obligation de vigilance est une obligation de résultat. ➔ Elle existe au moment ou on ouvre la relation d'affaire et pendant.
Si pendant ces opérations, on peut avoir des soupçons de blanchiment, à ce moment là, ce soupçon doit être déclaré à la fameuse cellule TRACFIN qui centralise les renseignements financiers, et TRACFIN pourra transmettre au procureur de la république, aux autorités de poursuites.

Les sanctions de ces obligations, **ce sont des sanctions disciplinaires et professionnelles prononcés par les organismes de contrôle**, et si la déclaration de soupçon n'a pas été exécutée alors qu'elle devait l'être, il s'expose à un grief pénal de complicité de blanchiment.

Titre 2 : Infractions communes qui intéressent la vie des affaires.

Incriminées dans la quatrième partie du code pénal. Il y a de nombreuses infractions. Certaines se commettent plus particulièrement dans la vie des affaires, comme le faux documentaire rangé dans le code pénal dans la catégorie des infractions contre la confiance publique, des infractions qui figurent sous la rubrique des manquements des agents publics à leur devoir de probité, délit de concussion, corruption, trafic d'influence, prise illégal d'intérêt et favoritisme dans les marchés publics.

Sous titre 1 : Le faux documentaire.

La position du terme documentaire souligne que le faux documentaire ne doit pas être confondu avec le faux témoignage et création de fausses monnaies et faux sceau de l'état.
Le faux est une infraction très commise dans le cadre des affaires. Le faux documentaire porte atteinte au droit de la preuve.
Le droit pénal du faux doit être appréhendé en contemplation du droit de la preuve.
Sous l'empire de l'ancien code pénal, il y a une vingtaine d'article consacré au faux. Les textes étaient très descriptifs, ce qui nuisait à la compréhension d'ensemble.
La doctrine est intervenue pour préciser des composantes de la qualification et le nouveau code pénal a intégré les propositions doctrinales consacrées par la jurisprudence en synthétisant l'incrimination.
L'incrimination de base figure dans l'article 441-1 du code pénal.
Cette incrimination constitue le droit commun du faux mais il est a noté que la qualification exacte et la répression peuvent varier avec la nature du document falsifié.

En outre il y a des faux spécialement incriminé dans le code pénal.
Tout en simplifiant, ce sous titre aura deux chapitres.

Chapitre 1 : Le droit commun du faux de 441-1 du code pénal.

Constitue un faux, « *toutes altérations frauduleuses de la vérité, de nature à causer un préjudice et accomplis par quelques moyens que ce soit dans un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée qui a pour objet au qui peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques ».*

Dans cette incrimination, tous les mots comptent.

Pour cerner les exigences comprises dans cette incrimination on peut distinguer entre le moyen et le support du faux et d'autre part, la conséquence du faux, le préjudice qui est requis.

Le 24 mars 2010.

Section1 : Le moyen et le support du faux.

Le moyen du faux, c'est **l'altération de la vérité**. Le support, c'est **le document falsifié.**

§1) Le moyen du faux : l'altération de la vérité.

C'est une composante centrale du faux. A la lecture du texte, elle doit être entendu car il précise : « *toute altération de la vérité par quelque moyen que ce soit ».*

En réalité il faut se montrer plus nuancé. La notion d'altération de la vérité, est très complexe.
Les modes d'altération, ils sont indifférents, mais la qualification de l'infraction peut varier et varie effectivement selon les modes d'altération de la vérité.

A) La notion d'altération de la vérité.

De façon générale, l'altération passe par **l'idée de mensonge appliqué au faux.**
On pourrait croire qu'il ne peut y avoir faux que si les faits énoncés dans un acte sont mensongers.
En réalité, dans le cadre du droit pénal du faux, les choses ne sont pas toujours simples.
-L'altération de la vérité peut être admise quand les faits énoncés dans l'acte **sont mensongers.**
Mais dans certains cas,
-l'altération de la vérité peut être admise alors que les faits énoncés dans l'acte **sont exacts.**

1) Les faits énoncés sont mensongers.

a) Hypothèse d'illustration.

Ex : On reçoit un chèque de 5k€. Comme on est en difficulté financière, sur la somme en chiffre on rajoute un 9. On a 95K€. En lettre, on modifie pour obtenir 95K€.

Ex : On déclare vendre la maison à un certain prix, et le notaire change le prix et mets un prix inférieur.

Ex : On est syndicat de copropriété, à l'AG général, on doit voter le quitus de la gestion. On est secrétaire de la séance, on inverse le résultat.

Le moment auquel le mensonge est introduit dans l'acte ne va pas sans variation. Dans l'exemple du chèque, le mensonge est introduit dans l'acte après que celui-ci est établi.
On parle de **faux ex post.** ➔Le mensonge est établi dans l'acte après son établissement.

Dans les deux autres exemples, ➔le mensonge est introduit dans l'acte au moment de sa rédaction.
On parle **de faux ex ante**.
On se demande s'il y a eu altération de la vérité, parfois c'est difficile pour les faux fait au moment de la rédaction.

Exemple du testament à mains guidées. Une personne malade veut établir son testament, elle n'a plus toutes ses capacités physiques. Une personne lui tient la main, et la personne dit qu'elle lègue les ¾ de ses biens à telle personne. Celui qui tient la main, écrit son nom.
Dans ce cas là, Il faudra rechercher quel était la volonté du testateur. Il faudra rechercher et comparer la volonté interne.

Dans cette hypothèse, on recherchera la volonté effective de la partie qui a établit l'acte.

2) Les faits sont exacts.

Dans cette hypothèse, les faits sont vrais, et pourtant, il n'est pas exclu qu'on puisse retenir la qualification de faux.
Quels sont les cas concernés ?
En pratique, ce peut être le cas si par exemple, il y a eu un simple accord oral entre les parties, et si celles-ci n'ont pas dressé d'écrit, et une des parties établit un écrit de son propre chef.

Il y a eu un acte écrit, mais il a été perdu. Or une des parties pour faire valoir ses droits, refait l'acte à l'identique.
Dans ces hypothèses, les faits énoncés dans l'acte sont conformes à ce qui a été convenus. Les faits ne sont pas mensongés. Néanmoins, **la qualification de faux qui suppose l'altération de volonté pourra être possible.**

Le faux protège le droit de la preuve. Or dans le droit de la preuve, il est une règle fondamentale, **nul ne peut se constituer de titre de preuve à soi même.**
Dans ces hypothèses là, il y a mensonge sur la preuve de l'existence de l'écrit. ➔ La qualification de faux pourra être retenue.
Toutefois, cette possibilité est soumise à des conditions :

-Selon le texte, le faux c'est l'altération frauduleuse. Donc dans les hypothèses retenues, **la qualification de faux ne pourra être développée que si cela a été fait sans l'accord avec l'autre partie.**

-D'autre part, **le faux est de nature a causé un préjudice.** Donc si la création du titre qui n'existait pas ne cause pas de préjudice, on ne peut pas mettre en œuvre le faux.

Ex : Un avocat, avait fait une consultation juridique pour une mutuelle étudiante. A l'époque le montant était de 600K€.
Il n'y avait pas eu de demande de cet écrit par la mutuelle, mais à l'occasion d'une enquête, on s'aperçoit que ces 600K€ on été versé à cet avocat.
Cet avocat informé de cette découverte, sur les conseils d'un autre avocat, il établit à postériori une lettre de commande de la consultation. A cette lettre, cela a donné une cause à son paiement de 600K€.

Il a crée un titre de commande qui n'existait pas. Dans la suite du procès, la mutuelle a dit qu'elle reconnaît qu'elle avait fait cette commande, et qu'elle était d'accord sur le montant des honoraires. La personne qui avait crée le titre a été relaxée au motif que la création du titre ne causait aucun préjudice.

Le faux qui peut être constitué, lorsqu'on refait un acte qui n'existait sans qu'on modifie les termes du contrat, **le faux peut se commettre par fabrication de convention.**

B) Les modes d'altération de la vérité.

Le code pénal ancien énumérait les modes d'altération de la vérité en visant **le faux par fabrication de convention, par fausse écriture, par addition.** ➔ Le juge répressif devait préciser quel était le mode d'altération de la vérité.
Le nouveau code pénal a simplifié cela, car il **incrimine toute altération de la vérité par quelques moyens que ce soit.**
Il résulte que les modes d'altération de la vérité sont indifférents. Toutefois cette indifférence a des limites, car les termes par quelques moyens que ce soit, n'ont pas eu pour effet de rendre caduque une distinction développée par la doctrine, qui est une distinction entre les faux matériels et le ou les faux intellectuels.

Cette distinction n'a pas une force absolue, mais elle est très utile.

1) Les faux matériels.

a) La notion de faux matériel.

Le faux matériel correspond **à une altération physique de l'acte ou de l'écriture qui figure sur cet acte.** Le document est alors altéré dans sa matérialité, et c'est pourquoi on parle de faux matériel. En présence de tels faux, la qualification de l'infraction est simplifiée. Si le faux est matériel, la matérialité de ce faux a pour conséquence que la composante altération de la vérité est nécessairement remplie.
On n'a pas besoin d 'établir l'altération de la vérité.

b) Les modes d'altération.

On peut les ranger en deux catégories complémentaires.
On a **la catégorie des faux matériels qui portent sur la signature ou sur l'écriture**. Le faux peut résulter de la fausse signature, contre signature, ou d'une contre façon d'écriture, il peut se commettre aussi par altération **ou modification de sa propre écriture ou signature** à laquelle on va procéder pour ensuite pouvoir contester sa signature ou son écriture.

Ex : On sait qu'on est à découvert, et on doit de l'argent. On change sa signature pour que le chèque soit refusé. La modification de sa signature nous rend faussaire.

Le faux matériel peut porter sur la **consistance matérielle** du document. C'est tous les faux par grattage, biffage, le faux retenu dans une affaire ou il y avait eu simplement plastification d'un billet d'autobus.

Ex : Un professeur de SVT avait plastifié des billets d'autobus : Il a été condamné pour faux. On a été cherché le faux, car c'est une affaire jugée avant le nouveau code pénal. Or avant l'escroquerie ne pouvait pas porter sur des services, et là c'était un service de transport.

Ex : Les faux par montage informatique ou photocopie.

2) Les faux intellectuels.

a) La notion.

Il se commet sans altération physique de l'écriture ou du document. Le faux intellectuel se réduit en un simple mensonge écrit. C'est l'hypothèse ou les faits énoncés dans l'acte sont mensongés et ne correspondent pas à la volonté des parties. **Il se commet par simple mensonge**.
Le faux correspond à un simple mensonge donc ce sont les modes classiques du mensonge. On distingue entre le mensonge par action, par omission, par simulation.

Ex : On va faire figurer à un acte la présence d'une personne qui n'y figurait pas. C'est un faux par supposition de personne,
*supposition de convention. On dénature la volonté de l'auteur de l'acte.

Le faux peut se commettre par omission, si le rédacteur de l'acte va omettre une condition résolutoire qu'une des parties voulaient introduire dans l'acte.

Par simulation : Correspond à l'hypothèse classique, qui conduit à distinguer entre l'acte apparent et la contre lettre, c'est une donation simulée en vente.

Il faut se méfier toutes les fois qu'il y a dessous de table. Ce genre de dissimulation nous met en présence d'un faux par simulation qui est pénalement répréhensible dès lors que la dissimulation porte préjudice à autrui.

Il peut y avoir un préjudice pour les créanciers ou les héritiers.

§2) Le support du faux.

a) Sa matérialité

Avant le nouveau code pénal, on incriminait le faux en écriture. Ce devait être un document écrit. Or selon la langue française, l'écriture est l'art de représenter la pensée par un graphisme conventionnel.
En revanche pas de faux, si il n'y a pas altération de la vérité.

Dans tous ces documents on n'a pas d'écriture au sens du terme. **On ne peut pas faire tomber au titre du faux les documents informatisé.** Il a fallu attendre 1988, pour prendre une incrimination de falsification de document informatisé.

Dans le nouveau code pénal, l'article 441-1 déclare que *constitue un faux, l'altération de la vérité, dans un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée.* Le support matériel peut être un écrit classique, mais aussi une bande d'enregistrement. Le nouveau code pénal a étendu le support du faux. Il a clarifié les exigences concernant l'objet ou l'effet probatoire du support.

b) Son objet ou effet probatoire.

Le document dans lequel la vérité a été altérée, **doit être soit un document qui a pour objet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait qui a des conséquences juridiques**, soit un document pouvant avoir pour effet d'établir un droit ou un fait ayant des conséquences juridiques. Le document altéré doit avoir un objet probatoire, ou un effet probatoire.

⇨ C'est une exigence essentielle car le faux protège le droit de la preuve.

a) <u>L'exigence d'objet ou d'effet probatoire.</u>

Les documents ayant pour objet d'établir la preuve d'un droit. Ces documents correspondent au document qui dans le droit allemand de la preuve sont dénommés **document d'origine**. Il s'agit de document qui ont d'emblé été établit pour valoir preuve.
Les documents d'origine correspondent dans notre droit, à tous les actes dont on dit qu'il valle preuve par eux même.
Ils regroupent donc **les actes sous seing privés, et tous les actes authentiques**, dont le code civil dit qu'ils peuvent valoir preuve littérale.

Le texte vise aussi les documents ayant pour objet **d'établir la preuve d'un fait.** On peut avoir une **quittance.** Elle constate un fait juridique, le paiement. Il peut s'agir **d'un constat d'accident**.
Il peut s'agir **d'un inventaire dans une succession** car il permet d'établir la masse successorale. La notion de document ayant pour objet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait est assez simple.

<u>Question :</u> Toute altération de la vérité dans un tel document est nécessairement constitutif d'un faux ?
La réponse est négative !
Car sous le rapport de qualification, on ajoute deux règles complémentaires.

La 1ère règle est que l'altération de la vérité doit porter **sur une mention faisant preuve.**
Ainsi dès lors que dans un acte, les parties sont majeures, les mentions relatives à leur âge ne valle par preuve.
Le mensonge sur un âge n'est pas constitutif d'un faux. Elle ne fait pas preuve.

La 2ème règle est que l'altération de la vérité dans les documents **d'origine doit porter sur une mention substantielle.**
On entend dire par là, qu'on doit entacher une mention qui pour les parties est fondamentale pour l'acte.
Ex : Dans un acte de vente, la mention de prix est substantielle.

On a des problèmes quand le mensonge entache la date du document.

Ex : Il s'agissait de l'affaire, de la vente de la tour BP.
Ce genre de tour coûte très chère. Peu de personne ont les moyens d'être acquéreur de ces tours. Dans ces hypothèses, le vendeur de ces tours, sélectionne un nombre de personne ayant la capacité financière de ce genre d'acquisition.
C'est une procédure d'appel d'offre. Elle fait savoir que les offres devraient arriver à Londres avant telle date. C'est le mieux offrant qui sera acquéreur.
Un des candidats à l'achat apprend que l'offre qu'il a faite est inférieure aux offres faites par d'autre candidat. Il l'apprend quelque jour avant la date qu'avait fixé BP Londres pour la réception des Londres.
Il fait donc une nouvelle offre qu'il antidate, supérieure à son offre initiale et supérieure à ces concurrents.
On avait une altération par antidate caractérisé de la deuxième offre faite.
A l'instruction, on en déduit que ➔***la date d'envoi des offres n'est pas une mention substantielle pour BP Londres car celle-ci a examinée des offres postérieurement à la date fixée***.

⇨ <u>Donc le faux ne peut pas être retenu.</u>

Ex : Les CAC doivent déposer au siège de la société 15 jours avant l'AG annuel pour approuver les comptes pour que les actionnaires examinent leur rapport.
Les commissaires aux comptes antidatent leur deuxième rapport.
Dans cette affaire ***l'anti date a été déclaré constitutif d'un faux au motif que les 15 jours prévus par la loi a pour conséquence que cette date est une mention substantielle.***

b) Les documents pouvant avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait.

Ils n'ont pas été établis pour valoir preuve mais peuvent ultérieurement venir à être utilisé comme un instrument de preuve.
Ils sont dits document de **« hasard ».**
Ex : Une pétition n'est pas un document fait pour valoir preuve. Si on rajoute le nom d'une personne, il peut arriver s'il y a litige qu'on invoque la pétition à titre de preuve de la signature en question.
Ces documents seront admis facilement quand la preuve est libre.

S'agissant des altérations de la vérité, l'élément intentionnel est très important car en pratique il faudra établir que celui à qui on reproche le faux, le document qui n'est pas un document d'origine pourra être utilisé à titre de preuve.

c) Les conséquences de cette exigence.

En elle-même si le document peut avoir un effet probatoire, on peut retenir la qualification de faux si le mensonge porte sur des mentions substantielles et valant preuve.
En revanche si le document n'a pas d'objet probatoire ou ne peut pas avoir d'effet probatoire, l'altération de la vérité, même si elle est patente ne pourrait pas relever du droit pénal du faux.
En jurisprudence, cette solution négative concerne les altérations de la vérité qui intéressent le droit pénal des affaires dans les factures.

Pour le faux, **on a un principe.**
Les mensonges d'un plaideur que celui-ci fait dans ses conclusions ne peuvent pas être constitutives d'un faux parce que les conclusions en justice, le plaideur développe des allégations dont le bien fondé est soumis à l'application du juge.
Les mensonges entachant les conclusions en justice, ne sont pas constitutif d'un faux.
S'il y avait faux matériel, il n'est pas exclu que la qualification puisse être retenu.

Pour les factures :
Au regard des factures, et du droit pénal du faux, il y a une solution de principe. Sous le rapport des principes, la facture correspond à l'allégation d'un droit au paiement.

Le mensonge qu'on a introduit dans les factures **ne peut pas relever du droit pénal du faux.**
Ce principe de solution souffre des exceptions.

-Il est admit que la facture peut devenir un instrument de preuve du droit au paiement quand elle est accompagnée de pièces destinées à établir le droit au paiement. Ainsi par exemple : La facture altérée pourra donner prise à l'application du droit pénal du faux, s'il s'agit d'une facture faite à un maçon ou un plombier, si la facture des prestations de service, **est revêtue d'un titre obligeant au paiement.**

De même dans le cadre des cessions d'Ailly qui consistent à faire la liste des factures que l'on cède à un banquier. Si un commerçant crée des factures fausses de toutes pièces, dans ce cas là, la chambre criminelle considère que **le bordereau d'Ailly a pour conséquence de donner force probante à la facture, de sorte qu'il y ait faux.**

Enfin, autre exception : Les factures entre commerçants.
Les factures entre commerçant, il y a des discussions. On peut considérer que les factures entre commerçant constituent des titres de preuve pour le droit du faux.
Car selon le code de commerce, ➔ **les factures entre commerçants sont obligatoires.**
Puisque ce sont des documents obligatoires, elles deviennent des écrits du commerce. **Or les écrits du commerce sont des moyens de preuve en matière commerciale**.

S'agissant des faux dans les factures entre commerçant, on distingue entre les factures fictives, et les fausses factures.

En général, on adopte **la qualification de facture fictive lorsque la facture n'a pas de cause.** Ce genre de facture a fondé de multiple qualification.
Une personne va facturer à une société des prétendues prestations qu'une personne n'a jamais faite.
La fausse facture est une facture qui a une cause.
Un industriel a livré des vêtements qu'il a livré à telle personne, mais étant donné que la commande est très importante, on va augmenter ses impôts sur les sociétés.
Le fabriquant va faire facturer par une société fictive.

Cette société fictive va encaisser le paiement, puis elle va décaisser ensuite et de la sorte, le fabriquant peut échapper à l'IS, mais encore se faire une caisse noire. Il pourra donc employé des salariés non déclaré etc.

Le 29 mars 2010.

Section 2 : Les conséquences du faux : le préjudice.

Avant il n'était pas requis, mais la doctrine a montré qu'il était nécessaire. Désormais le texte l'incrimine : « *De nature a causé un préjudice »*

§1) La nature du préjudice.

Peu importe la nature, il peut être matériel, moral ou social.

A) Le préjudice matériel.

Il correspond à un préjudice pécuniaire. On veut porter préjudice à un patrimoine.
Lorsque le préjudice ne peut être que matériel et qu'il apparaît à l'examen qu'on ne peut pas l'admettre, les poursuites pénales sont exclues, même si l'honnêteté de l'agent est patente.

Ex : **Arrêt de 82.** Une tante élabore un testament olographe en faveur d'un neveu Paul.
Ensuite elle fait un testament olographe pour Pierre.
Paul refait le premier testament de sa tante et le date du jour où il le refait de façon à être héritier.
La tante décède, on découvre la fabrication de testament.
Pierre attaque en justice.

Toutefois au cours de l'instruction, on trouve que la tante a fait un autre testament en faveur de Paul postérieur à ces testaments initiaux. Le testament qui avait effet est le dernier.
Donc il n'y avait aucun préjudice patrimonial. ➔*On ne peut pas retenir le faux.*

Cela montre les particularités et les limites du préjudice patrimonial.

B) Le préjudice moral.

Il sera moral si dans une pétition on rajoute une signature, on pourra constituer pour préjudice moral. Le préjudice social est le préjudice qui dans le cadre du faux est situé dans les faux qui sont de nature à porter atteinte au intérêt pécuniaire ou moraux de l'état. Au regard des faux pouvant causés un préjudice, on a tous les faux qui ont une incidence fiscale.
Ex : Tous les faux commis pour obtenir des rentes, des droits.

On peut avoir l'atteinte aux intérêts moraux de l'état.
L'idée générale est que le droit de la preuve est une institution et que l'état s'est intéressé au bon fonctionnement de l'état public.
Dès qu'on met en cause le bon fonctionnement d'une administration, on pourra avoir un préjudice moral.

C) Le préjudice social.

Ex : Les faux dans le certificat de santé établi pour échapper au service militaire.
Ex : Les faux pour obtenir des décorations.

Lorsque le préjudice ne peut être qu'un préjudice social, **il ne peut pas y avoir de constitution partie civil de préjudice privé.**

Le préjudice pouvant être social, moral, matériel on étend le champ du faux.

§2) Les caractères et la preuve du préjudice.

Ils sont marqués par la variabilité de l'opération juridique de l'opération.

A) Les caractères.

Le texte vise toute altération de la vérité de nature à causer un préjudice. Le préjudice peut être un **préjudice réalisé et un préjudice éventuel.**
S'agissant du préjudice réalisé, il suppose que le document falsifié ait été utilisé ou qu'il ait servi d'une façon ou d'une autre. ➔ Toutes les fois qu'on a un faux et un usage de faux.

Article 441-1 alinéas 2.
L'usage de faux permet de continuer le premier délit, **il peut être le fait du faussaire, soit le fait d'un tiers.**
Si le préjudice peut être réalisé, il peut être un préjudice éventuel car on a de nature à causer un préjudice.
On a un préjudice qui aurait pu se développer mais qui ne s'est pas développer car il n'a pas été fait usage de la pièce fausse, soit lorsque le faux a été découvert avant l'usage de pièce fausse, ou alors que le document faux est entaché de nullité.
Peu importe que l'acte nul soit entaché de nullité. ==> Indépendance du droit pénal.

La possibilité de ce préjudice éventuel suscite une interrogation procédurale. Quand le préjudice ne peut être qu'éventuel peut-il y avoir des parties civiles de préjudices particuliers ?

L'Article 2 du CPP : « *L'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit, ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction ».*
Il stipule qu'il faut un préjudice certain, éventuel et personnel.

Les personnes qui se plaignent d'un préjudice éventuel peuvent-elle se considérer comme partie civile. Peut-on se constituer partie civile lorsque le préjudice est éventuel?

La chambre criminelle répond à l'affirmative.
Bien que le préjudice soit éventuel et d'après l'article 2 du CPP, **on peut se porter partie civile.**

En conséquence, lorsqu'on a les éléments constitutifs du faux, l'altération de la vérité, **on a un préjudice de droit.**
Ce préjudice de droit qui nous concerne, qui en soit est réalisé, auquel pourrait s'ajouter un préjudice de fait qui auraient pu avoir lieu si on avait l'utilisation de la pièce falsifié.

Il n'y a pas de contradiction à admettre la recevabilité des constitutions de parties civiles lorsque le préjudice n'est qu'éventuel.

Cette observation se retrouve sous le rapport de la preuve du préjudice.
La preuve est requise, c'est une composante de la qualification, ➔ elle doit être rapportée, mais l'exigence de preuve, sera sujette à des variations.
Le paramètre de la variation, **c'est l'objet ou la finalité probatoire de l'acte falsifié.**

-Si le document entaché d'altération de la vérité est un document **ayant pour objet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques**, ➔ on n'aura pas besoin de prouver spécialement le préjudice car on a nécessairement préjudice de droit.

-Si le document, objet de l'altération de la vérité, est un document **pouvant avoir pour effet d'établir la preuve**, ➔ il faudra pour établir le préjudice établir que le document falsifié pouvait avoir cet effet probatoire.

Ces distinctions ont des incidences sur le rôle de l'élément intentionnel dans la qualification du délit.

Le faux est un délit intentionnel, il faut donc un dol général et un dol spécial, mais qui suppose la **conscience.**

-Si le document est d'origine, dans ce cas la, le dol général suffit. ➔ **Il suffit que l'agent soit conscient.**
-En revanche si le document est un document de hasard, dans ce cas là pour établir l'élément intentionnel, ➔ **il faut établir que l'agent savait que le document pourrait être utilisé comme un moyen de preuve.**

Par le préjudice dans le faux documentaire on ne peut être bon que si on ne connaît que le faux.

CONCLUSION : La répression du faux et les variations de cette répression.

Pour les poursuites, au regard de la prescription, c'est un délit instantané qui se commet au moment de **l'altération de la vérité, et c'est à ce moment là que commencera la prescription.**
Toutefois, dans les faux, il y a faux et usage de faux.
L'usage de faux répète un agissement pénalement répréhensible, et à chaque usage de faux, **renait un délai de prescription.**

La personne poursuivie, est en principe **le faussaire**. Celui qui a rédigé l'acte faux, n'est pas nécessairement le faussaire.
C'est l'hypothèse du faux sous dictée, par téléphone on dicte à un salarié un acte par exemple.

Il faut être l'auteur moral de ce faux.

S'agissant de la répression du faux, les peines auxquelles expose le faux varient selon que c'est une écriture privé ou écriture publique.
Dans les écritures privées, on distingue les faux en écriture privé, et les faux en écritures publique ou authentique.
Pour les publiques, on en a souvent dans les actes authentiques. Entre aussi toutes les comptabilités notariales.

Lorsque le faux est un faux en écriture publique ou authentique fait dans ses fonctions, elle entre dans la catégorie **des infractions criminelles.**
Il faut savoir que dans le droit commun de l'article 441-1 du code pénal, il y a des faux spéciaux.
S'agissant des faux dits spéciaux, le texte d'incrimination peut être dans le code pénal. Ce sont les faux des articles **441-2 et suivant.**

« *Le faux commis dans un document délivré par une administration publique aux fins de constater un droit, une identité ou une qualité ou d'accorder une autorisation est puni de 5 ans d'emprisonnement et de 75K€ d'amende…. ».*

Ce faux se trouve dans certains documents administratifs.
On a des incriminations complémentaires.
On a le fait de délivrer un des documents administratifs de l'article 441-2 du code pénal et on a aussi **le fait d'obtenir frauduleusement un de ces documents administratifs.**

De plus l'article 441-6 : « *Le fait de se faire délivrer indûment par une administration publique ou par un organisme chargé d'une mission de service public, par quelque moyen frauduleux que ce soit, un document destiné à constater un droit, une identité ou une qualité ou à accorder une autorisation est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000€ d'amende.*
Est puni des mêmes peines le fait de fournir une déclaration mensongère en vue d'obtenir d'une administration publique ou d'un organisme chargé d'une mission de service public une allocation, un paiement ou un avantage indû » incrimine la simple détention des documents administratifs falsifiés.

On a des faux incriminés hors code pénal.
On a les incriminations pour le chèque et les CB. Elles figurent dans le code du commerce.
Pour ces faux spéciaux, **le préjudice n'est pas présenté comme un élément constitutif de l'infraction.**

Au code pénal, il incrimine distinctement du faux, les faux certificats et attestations.
Ils sont incriminés dans l'article 441-7 du code pénal.
« Indépendamment des cas prévus au présent chapitre, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15000€ d'amende le fait :
1° D'établir une attestation ou un certificat faisant état de faits matériellement inexacts ;
2° De falsifier une attestation ou un certificat originairement sincère ;
3° De faire usage d'une attestation ou d'un certificat inexact ou falsifié.
Les peines sont portées à trois ans d'emprisonnement et à 45 000€ d'amende lorsque l'infraction est commise en vue de porter préjudice au Trésor public ou au patrimoine d'autrui. »

C'est le fait de faire état de fait matériellement faux dans des documents destinés à valoir preuve dans les documents ayant un but probatoire au titre d'une attestation ou d'un certificat.

Titre 2 : Les infractions contre la probité : La concussion, les corruptions et les trafics d'influences, les prises illégales d'intérêt et le délit de favoritisme.

Ces infractions sont incriminées dans la 4ème partie du code pénal et dans la section 3 (des manquements au devoir de probité.)

La concussion est incriminée par 432-10 du code pénal. « Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, de recevoir, exiger ou ordonner de percevoir à titre de droits ou contributions, impôts ou taxes publics, une somme qu'elle sait ne pas être due, ou excéder ce qui est dû, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende.
Est puni des mêmes peines le fait, par les mêmes personnes, d'accorder sous une forme quelconque et pour quelque motif que ce soit une exonération ou franchise des droits, contributions, impôts ou taxes publics en violation des textes légaux ou réglementaires.
La tentative des délits prévus au présent article est punie des mêmes peines »

➔C'est le fait d'une personne de recevoir, exigé, ordonner de percevoir à titre de droit …..

<u>Le devoir de probité :</u>
L'agent public concussionnaire est celui qui sciemment soit fait payer à titre de droit, impôt, taxe etc. Des sommes qu'il sait de pas être due.
C'est celui qui perçoit des sommes dont il sait qu'elles ne lui sont pas dues.

Dans cette première modalité, la victime est le particulier auquel on fait payer des sommes qu'il n'a pas à payer.

Dans la deuxième modalité, la concussion est le fait pour l'agent public d'exonérer des impôts, droits, taxes qui sont dues.

On les corruptions et trafics d'influence. Elles sont incriminées par les articles 432-11 du code pénal « Est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public, de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour elle-même ou pour autrui :
1° Soit pour accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat ;
2° Soit pour abuser de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable. »

Pour la corruption passive, c'est l'article 433-1 alinéas 1 et 2 du code pénal pour la corruption et trafic d'influence actif.

« Est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende 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, afin :
1° Soit qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat, ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat ;
2° Soit qu'elle abuse de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable.
Est puni des mêmes peines le fait de céder à une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public qui sollicite, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques, pour elle-même ou pour autrui, afin d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte visé au 1° ou d'abuser de son influence dans les conditions visées au 2° »

Les corruptions et les trafics d'influence de droit commun sont incriminés par les mêmes textes. Ces deux infractions sont différentes mais en réalité très proches.

Les prises illégales d'intérêt sont incriminées par les articles 432-13 et 432-14 du code pénal.

« Art. L. 432-13. - Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende le fait, par une personne ayant été chargée, en tant que fonctionnaire public ou agent ou préposé d'une administration publique, à raison même de sa fonction, soit d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée, soit de conclure des contrats de toute nature avec une entreprise privée, soit d'exprimer son avis sur les

opérations effectuées par une entreprise privée, de prendre ou de recevoir une participation par travail, conseil ou capitaux dans l'une de ces entreprises avant l'expiration d'un délai de cinq ans suivant la cessation de cette fonction.
Est punie des mêmes peines toute participation par travail, conseil ou capitaux, dans une entreprise privée qui possède au moins 30 % de capital commun ou a conclu un contrat comportant une exclusivité de droit ou de fait avec l'une des entreprises mentionnées à l'alinéa qui précède.
Au sens du présent article, est assimilée à une entreprise privée toute entreprise publique exerçant son activité dans un secteur concurrentiel et conformément aux règles du droit privé.
Ces dispositions sont applicables aux agents des établissements publics, des entreprises nationalisées, des sociétés d'économie mixte dans lesquelles l'Etat ou les collectivités publiques détiennent directement ou indirectement plus de 50 % du capital et des exploitants publics prévus par la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications.
L'infraction n'est pas constituée en cas de participation au capital de sociétés cotées en bourse ou lorsque les capitaux sont reçus par dévolution successorale. »

432-14 : « Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public »

La prise illégale d'intérêt c'est le fait d'un agent public qui intervient dans une décision pour ses intérêts personnels.
432-13 : L'ancien fonctionnaire se fait embaucher par une société qu'il contrôlait quand il était salarié.
Le terme de favoritisme est incriminé par 432-14. C'est le délit d'atteinte à la liberté d'accès et d'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de services publiques.

Ils consistent à ne pas respecter les marchés publics et la concurrence pour favoriser un candidat.

Ces infractions peuvent être étudiées deux à deux.
-Les trafics d'influence et les corruptions.
-Les prises illégales d'intérêt et le favoritisme.

Il ne faut pas confondre corruption et trafic d'influence qui sont des délits de vénalité. Une personne se fait acheter.
Pris illégal d'intérêt et favoritisme ce sont des délits d'abus de pouvoir ou méconnaissance de devoir.

Sous-titre 1 : les corruptions et les trafics d'influence.

Ces deux infractions sont des infractions voisines mais distinctes. **Dans la corruption, cela consiste à acheter un agent public, pour qu'il fasse un acte de sa fonction.**

Ex : On est constructeur dans le BTP, on a besoin d'un permis de construire, on va approcher les personnes du ministère pour avoir un permis de construire qui ne devrait pas être délivré. L'agent se fait acheter.

Dans la corruption, on a un corrupteur et un corrompu.
Le trafic d'influence est une opération qui se développe à trois.
Dans le trafic d'influence, c'est une opération à trois, **on a un intermédiaire qui va approcher l'agent public pour que celui-ci accorde l'acte public convoité.**
On constate d'emblée que par le trafic d'influence, on peut arriver au même résultat que la corruption.

Les trafics d'influence peuvent être internes nationaux, mais aussi auprès des agences d'organisme d'agents nationaux.

Chapitre 1 : Les corruptions.

Le trafic des corruptions tient à ce qu'il y a dans le code pénal, les corruptions d'agent public nationaux, qui correspond au droit commun de la corruption, et aussi les corruptions d'agent public étranger.
Il y a en dernier lieu, une corruption dont on ignore l'existence, c'est la corruption de salarié qui existe depuis 1915 qui a été ouvert à la corruption de tous les agents du secteur privé.

Section 1 : La corruption des agents publics nationaux.

C'est une infraction qui entre dans **la section des manques de devoir de probité.**
Elle suppose un agent public vénal.
La vénalité s'explique par le fait qu'on peut offrir des rémunérations dans la fonction publique.

La corruption a toujours été incriminée même dans l'ancien code pénal, mais les arrêts publiés jusque dans les années 80 a toujours été rare.

La corruption a fleurie en France à partir des années 80. C'est la régionalisation. On multiplie les pôles de pouvoir et ils peuvent prendre des décisions publiques qui peuvent être convoités par des pouvoirs publics, et à partir de ces années, on ne pouvait pas obtenir une commande publique importante sans corruption.

Cette explosion de la corruption est liée aussi aux lacunes sur les financements des parties politiques.
Une **loi du 29 janvier 1993,** (loi SAPIN) a été adoptée. Loi dont le titre « loi relative à la prévention de corruption, et à la transparence de la vie économique, et aux procédures publiques ».
Cette loi s'est traduite par la création d'un organisme de prévention de la corruption, d'observation, mais qui n'a pas beaucoup de pouvoir.

Ce n'est pas cette loi SAPIN qui incrimine cette corruption, ce sont les articles 432-11 et 433-1.

Le 31 mars 2010.

On distingue la corruption passive et la corruption active.

§1) La distinction corruption passive et corruption active.

La corruption suppose dans un schéma achevé deux personnes, un corrupteur, un corrompu. Pour faire tomber ces deux personnes sous le coup de la loi pénale, il y a plusieurs systèmes possibles.
Le droit français a adopté la distinction, **corruption passive, et corruption active.**

a) Le système classique concevable.

On a deux grands systèmes classiques possibles qui sont des systèmes d'unité.
-le premier c'est que **le plus blâmable est l'agent public corrompu**. On dira qu'il est l'auteur principal de la corruption. Le tiers est lui **complice** de l'agent publique corrompu.
Si l'agent public ne cède pas à la proposition de corruption que fait le tiers. On n'a pas d'auteur principal. Si on n'a pas d'auteur principal, on n'a pas de complice. Il n'est pas efficace.

-Le deuxième système classique tend à dire **qu'ils sont co auteurs.** S'ils sont co auteurs, il y a des inconvénients car l'infraction devient **une infraction unique**, alors que la corruption active et la corruption passive correspondent à des comportements répréhensibles distincts.
C'est pourquoi en définitive on a adopté la distinction corruption passive, et corruption active.

*La corruption est dite passive lorsqu'on se place du coté de l'agent public corrompu.
*La corruption est dite active lorsqu'on envisage la corruption du coté du tiers corrupteur qui vient proposer, ou qui accepte l'opération de l'agent public.

On distingue entre **le corrompu et le corrupteur.** Cette distinction est importante car les comportements de l'un et de l'autre sont différents.

La formule de corruption passive pourrait laisser croire que l'agent public auteur de cette corruption a toujours un rôle passif. Cela peut être vrai lorsqu'il ne prend l'initiative de la corruption et qu'il se contente d'accepter les propositions de corruption que lui fait le tiers.
Il peut arriver que ce soit l'agent public qui sollicite. Donc là, il aura un rôle actif.

Inversement, **si on se place du coté du tiers corrupteur**, on pourrait croire que son agissement est actif si c'est lui qui prend l'initiative de la corruption. La corruption sera toujours active si le tiers corrupteur ne prend pas l'initiative de la corruption et s'il se contente d'accepter la demande d'offre qui lui est faite par le corrompu.

Dans la dénomination passive et active, il y a un aspect « faux amis ».

b) Les intérêts de la différence corruption passive et active.

Le délit est alors envisagé sous un angle de dualité. **On a deux infractions qui peuvent s'enchevêtrer**, mais **distinctes.** Celle du corrompu et celle du corrupteur. En conséquence, il peut arriver que l'infraction soit constituée des deux cotés.
Il peut arriver aussi que l'infraction soit constituée que d'un seul coté.

Le deuxième intérêt, c'est que le délit va être constitué **dès que d'un coté ou un autre, on aura sollicité ou accepté (demander et proposer) la sollicitation.** Cela signifie que la corruption peut être constituée même si on n'a fait aucun versement.
Le seul fait de demander, de solliciter ou d'accepter la demande, constitue le délit. Il peut le constituer des deux cotés.

Conséquence : Le délit de corruption peut être un délit formel.

Si le délit peut être formel, il peut être un délit à exécution successive.

Ex : le permis de construire, on verse d'abord 5K€, ensuite 10K€. **C'est un délit qui peut être à exécution successive.**

§2) Les composantes du délit.

a) La condition préalable.

Le délit est constitué que si le corrompu à l'une des trois qualités visée par le texte.
-Soit un dépositaire de l'autorité publique
➔ Ce sont les fonctionnaires publics. Ce sont des agents de l'administration public, les ministres, les membres du gouvernement. La corruption de magistrat est spécialement incriminée.

-Soit personnes chargées d'une mission de service public.
Les personnes chargées d'une mission de service public peuvent être des personnes publiques ou privées qui exercent une mission d'intérêt général sous le contrôle d'une autorité publique

supérieure. Sont chargés d'une mission de service public, toutes les personnes qui travaillent pour les HLM. L'exercice de leur mission est contrôlé par le MILOS et par la Cour des comptes.

Ex : Un architecte qui exerce une mission d'assistance pour les besoins d'un marché d'une collectivité territoriale exerce sa mission de service public.

Arrêt concernant un directeur d'un service de la croix rouge.

Un administrateur judiciaire est une personne chargée d'une mission de service public.
Il peut régler des questions relatives à l'emploi.
Tous les dirigeants d'associations sportives font des services publics. Le délit n'est pas limité au premier abord à la corruption de fonctionnaires ou d'agent public.

-Soit les personnes investis d'un mandat électif public.
Ce peut être les mandats électifs nationaux, sénat, assemblée générale, mais aussi les personnes dans les régions, départements, les personnes dans les chambres élues.

b) Les éléments constitutifs.

On a ce qui correspond aux manœuvres ou au moyen. La sollicitation ou acceptation sans droit, de dons, d'offre que cette solution soit faite dans un certain but. Ce but ayant pour conséquence que dans les éléments constitutifs, **il faut un pacte de corruption.**

*Sollicitation ou acceptation.
C'est soit l'agent public qui demande, soit le corrupteur qui propose des offres. Sous le rapport de la sollicitation ou acceptation.

-La forme de la sollicitation ou acceptation.
La forme est indifférente car l'illicéité a pour conséquence que les demandes de proposition de corruption ne sont pas par écrit. **Elles sont souvent orales et confidentielles,** et il résulte qu'il n'ait pas besoin que la sollicitation soit expressément formulée. Il suffit que la sollicitation ou l'acceptation ne fasse aucun doute.

La forme de la sollicitation est indifférente.

-Les modalités.
Elles peuvent émaner du corrupteur ou du corrompu, mais elles peuvent être directes ou indirectes.
La proposition de corruption peut être présentée par un tiers quand le corrompu ne veut pas la présenter lui-même.

-L'objet et le bénéficiaire de la sollicitation ou l'acceptation.
C'est le fait **de solliciter ou d'agréer…**
Le visa des offres et promesses soulignent bien que le délit ne soit constitué dans le versement. Les dons et présents peuvent être de l'argent, des dons en nature, voiture, bijoux, matériels informatiques, prestations de service.
Le texte est large car il vise un avantage quelconque. Ce sont des biens invoquant la patrimonialité.
L'avantage proposé peut-il être immatériel ?
Cette question s'est posée à propos des avantages résidant dans des relations sexuelles.
Le délit est constitué car **il y a un avantage quelconque.**

Avant le nouveau code pénal, on se demande si ce peut être un avantage purement moral ?

Un ingénieur pouvait renouveler des contrats d'entreprise spécialisé dans les routes, avait dit qu'il renouvelait les contrats à condition que vous licenciiez un de vos salariés.
Le salarié licencier était le gendre de l'ingénieur.
La contre partie réclamée pour l'accomplissement de l'acte de la fonction peut être l'assouvissement d'une haine ?
Les termes avantages quelconque ne figuraient pas dans le texte. Le texte précise aussi que la sollicitation doit être effectuée sans droit. ➔ Il s'explique par le fait que le législateur a voulu distinguer concussion et corruption.
En effet dans la concussion tout se passe **comme si les sommes que l'on réclame était des sommes dues.**
Dans la corruption **les sommes réclamées ne sont certainement pas dues.**

Les termes sans droit ont été exploités : En effet, il y avait de la corruption pour financer les parties politiques.
Si le financement ne dépasse pas le financement autorisé, on ne peut pas dire que ce sont des dons sans droit. On a fait valoir qu'en réalité ce don est fait en contre partie d'un acte de la fonction accordé des marchés publics.

*Les buts de la sollicitation.

D'après le texte, l'agent public doit accomplir ou s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction. L'acte de la fonction est un acte qui entre dans **les attributions fonctionnelles, statutaires de l'agent public.**
Délivrance d'un permis de séjour pour un fonctionnaire du ministère de l'intérieur.
Le texte vise les offres pour abstention.
On pourrait croire que l'agent doit prendre une décision favorable au corrupteur. Mais il faut avoir en tête que cela n'a pas besoin d'être une décision positive en faveur du corrupteur. Autrement dit, émettre un avis favorable en faveur du corrupteur peut suffire à constituer le délit.

L'agent public peut procéder à un acte facilité par sa fonction. ➔ L'acte facilité est un acte qui n'entre pas dans les fonctions statutaires, mais c'est un acte **qu'il peut faire car il exerce telle ou telle fonction.**
L'arrêt le plus ancien, concerne un planton (Soldat qui est de service auprès d'un officier) du ministère de la marine. Il avait été approché par des importateurs pour qu'ils mettent des tampons sur les importations.
Ils n'entrent pas dans les fonctions d'un planton de mettre un tampon, mais il pouvait sortir un tampon.

Il a été admis qu'une personne qui travaillait au service du logement et qui avait réclamé des offres pour délivrer des permis de séjour, était coupable. Le visa, des corruptions permet de faire tomber sous le coup de la loi pénale, les ventes d'information.

*Les conséquences.
La conséquence est que le délit dans un schéma suppose **un pacte de corruption**. L'exigence de ce pacte tient à ce que le texte vise le fait de solliciter et d'agréer pour obtenir, des offres, dons promesses pour faire ou s'abstenir de faire vient du terme « pour ».
Ce terme a posé la question de savoir si les offres de corruption doivent être antérieures à l'acte ou à l'abstention du corrompu.
C'est à raison de cette question que des lois postérieures qui sont les lois relatives à l'agent public étranger ont ajouté dans le texte « solliciter ou agréer » à tout moment.
Avant 2000, les termes à tout moment ne figurait pas dans le texte.

Depuis cette loi, qui a introduit le texte « à tout moment ».
On en déduit donc qu'il fallait **un lien de causalité**, une antériorité des offres par rapport à la fonction et qu'il s'induisait de cette antériorité, l'exigence **d'un lien de causalité entre les offres, dons, promesse et l'accomplissement de la fonction**. Cette exigence de lien de causalité avait pour conséquence qu'il devait être prouvé.
Cela n'allait pas sans mal pour l'accusation. En dépit du lien de causalité, dans le silence des textes, on admettait que les offres, dons, promesses, devaient avoir été sollicités avant l'accomplissement de l'acte de la fonction, mais qu'ils pouvaient être exécutés, versés avant l'acte de la fonction.

Ex : On demande 500K€ pour faire tel acte, en face on dit oui.
On fait l'acte promis, mais on est payé qu'après.
En ce qui concerne l'exécution, elle peut être soit antérieure à l'accomplissement de la fonction ou concomitant à cet acte, soit postérieure.

Dans la première hypothèse, il y a eut demande + exécution de la demande avant ou au moment de la demande.
En revanche, lorsqu'il y a demande avant l'accomplissement de l'acte de la fonction, et exécution de l'offre, du paiement, après l'accomplissement de l'acte de la fonction, il y a une difficulté majeure pour l'exécution.

Par voie de conséquence, dans cette hypothèse. La thèse du cadeau a très souvent été avancé, l'accusation est dans l'impossibilité de l'accord préalable, on a eu de multiples relaxes pour défaut de preuve, de **l'antériorité du pacte de corruption** et par suite, du lien de causalité.
C'était du remerciement.

Pour lutter contre cette jurisprudence, la jurisprudence a réagi dans un cas particulier, c'est l'hypothèse de **l'abonnement de corruption**. On est importateur de tel produit, qui suppose une autorisation sur le marché. On importe telle quantité de produit.

Dans cette hypothèse, la chambre criminelle a monté le système suivant. Il en demeure pas moins. Cette enveloppe <u>valait demande d'accomplissement</u>. Ce genre de réaction ne pouvait être utile que dans l'hypothèse de l'abonnement d'un agent.
Ce ne peut pas être pour toutes les corruptions.
C'est pourquoi, le législateur de 2000 a mis fin à tout ca en introduisant dans le texte : « *a tout moment ».*

Ex : Si on se réfère aux travaux préparatoire de la loi de 2000. On précise que l'infraction est constituée, que les sommes sont versées, avant ou après. On voulait supprimer l'exigence de la preuve du pacte de corruption.
Le législateur ne s'est pas aperçu qu'il avait laissé le terme pour solliciter ou agréer à tout moment pour faire ou s'abstenir de faire un acte de sa fonction.

L'exigence d'un pacte de corruption demeure dans le droit antérieur.
Dans la circulaire d'application de la loi de 2000, il est précisé que les termes « *à tout moment* » **peuvent avoir pour effet de réduire les difficultés de preuve.**

En pratique, cela signifie que si l'on constate qu'une personne a obtenu d'un agent public, un acte déterminé, et qu'elle a rémunérée cet agent public après cet acte,➔ <u>on pourra considérer qu'il y a une présomption de corruption.</u>
On est en matière pénal, la présomption ne peut être qu'une présomption simple. Cela signifie que le corrupteur pourra essayer comme dans le droit antérieur de faire valoir la thèse du cadeau ou du remerciement, il y aura de la sorte renversement de la charge de la preuve.

En pratique, sous le renversement de la charge de la preuve, tout pourra être question d'espèce qui pourra être liée à l'importance du cadeau et à la fortune du corrupteur.
Si par exemple un fonctionnaire à accorder telle décision, et qu'elle a reçu de cette personne une caisse de côte du Rhône, cela pourra passer. Si elle a reçu pour le même acte, une bouteille plus chère, cela pourra difficilement passé.

Le 7 avril 2010.

*Les poursuites : On **peut avoir des questions de cumul de qualification** quand les fonds utilisés appartiennent à une société de capitaux, on aura et une corruption et un abus de biens sociaux.

On peut aussi avoir un cumul quand la corruption est pratiquée pour contourner les règles de travaux publics, lorsqu'une société est favorisée.

De même pour obtenir des actes facilités par la fonction.

On peut avoir des conflits de qualification : On peut avoir des conflits avec l'escroquerie. On peut avoir un conflit de qualification avec le chantage.

*Les poursuites de la prescription : La corruption peut être une infraction instantanée et répétée. **Elle va naitre au moment de sa première exécution**, vu du coté actif et passif.
➔Tout nouvel acte fait débuter un nouveau délai de prescription.

Pour les délits dissimulés ➔ on décale la prescription au jour de la découverte.

Ex : La chambre criminelle à propos du délit de trafic d'influence, a admis que lorsque les faits ont été accompagnés de manipulation de compte pour payer le trafic d'influence, *la prescription ne court que du jour ou la dissimulation a été découverte*. Cette jurisprudence vaut pour la corruption.

On se pose la question de la découverte de la corruption. Ce sont des infractions clandestines. La découverte des corruptions est difficile, il y a des difficultés de preuve, et pendant longtemps, il est arrivé que la police use de stratagème.
Ex : Un PDG avait proposé des avantages amers pour que celui-ci lui accorde un marché de concession de transport scolaire.

Depuis 2007, L'article 706-1-3 du CPP, prévoit que *pour le délit de corruption, la police peut mettre en œuvre les procédures propres à la criminalité organisée, sonorisation, fixation d'image, infiltration.*

Cette loi a été justifiée, au motif que la corruption est une infraction clandestine. **Donc l'infraction dissimulée permet de faire courir la prescription au jour de la découverte.**

La loi de 2007 prévoit qu'en effet, les corruptions passent par des manipulations d'écritures comptables. Il est clair que les salariés, en particulier des services comptables, peuvent constatés et réaliser ces opérations.

Depuis 2007, il est prévu que les salariés qui de bonne foi relate ou témoigne à leur employeur, aux autorités judiciaires ou administratives, des faits de corruption dont ils ont eu connaissance. **Ces salariés ne peuvent faire l'objet d'aucune sanction professionnel de la part de l'employeur et d'aucune sanction pénale.**

Cette disposition est inspirée du droit américain, qui a **instauré l'alerte éthique.** Il faut introduire de la moralité dans la gestion des affaires. Les salariés peuvent donc dénoncer sans risque.

- ⇨ **Article 1161-1 du Code du travail.**

*Les poursuites elle-même.
Qui peut être poursuivi ?
Les personnes physiques mais aussi les personnes morales. On a une généralisation de la responsabilité des personnes morales (ex : affaire total).

Dans ces cas là, la corruption a été commise par un organe ou un représentant pour le compte de la personne morale.
Cette responsabilité est justifiée au regard de la corruption active.

Du coté de la corruption passive, c'est plus improbable car dans ce cas là, le maire corrompu n'agi pas pour le compte de sa commune, **il agi pour son compte personnel.**

*En ce qui concerne les personnes pouvant déclencher des poursuites par corruption. Il y a eu une évolution.
Pendant longtemps on a dit que la corruption protège l'ordre public, la moralité publique, c'est donc **une infraction qui protège l'intérêt général.**

Il existe une théorie dite des infractions d'intérêt général.
Les infractions d'intérêt général, sont des infractions au regard desquelles, la chambre criminelle a admis que l'entrée de cette infraction avait pour conséquence **qu'il ne pouvait pas y avoir de constitution de partie civile, qu'il ne pouvait pas y avoir de victime.**

L'idée générale, c'est que puisque l'infraction est d'intérêt général, on ne remplirait pas les conditions de l'article 2 du code de procédure pénale.

- ⇨ Si l'infraction se confond avec l'atteinte à l'intérêt général, le préjudice que l'on va invoquer, est ni personnel, ni direct.

Il faut constater que la théorie des infractions d'intérêt général, s'est réduite dans sa portée avec le temps.

Par la suite la chambre criminelle déclare que **les infractions d'intérêts générale et les infractions sur un intérêt particulier peuvent être recevables.**

Les poursuites peuvent être initiées par l'entité publique à laquelle appartient le corrompu.

Ex : C'est la commune de Nice qui a initié des poursuites pour corruption passive contre son maire.
Les entités publiques peuvent initier des poursuites pour corruption passive et active.

Peuvent aussi se constituer partie civile des personnes qui peuvent se plaindre des conséquences de la corruption sur les prix.
Il faut réaliser que lorsqu'on a une corruption, c'est que le corrupteur répercute le prix de la corruption sur les biens ou services qu'il va vendre.
On a donc eu en France l'augmentation du prix de l'eau, car les marchés s'obtenaient avec de la corruption.

Ex : Association de consommateur qui agissent pour préjudices directs ou indirects.

Enfin les corruptions sont souvent pratiquées pour obtenir des marchés publics, des commandes publiques.
Grace à la corruption, on va pouvoir évincer les autres concurrents.
Les candidats évincés peuvent se constituer partie civiles pour recel de favoritisme, contre celui qui en violation des règles d'attribution a obtenu le marché.
Il faut admettre qu'un candidat, évincé par un autre candidat par suite d'une corruption peut également se constituer partie civile contre le corrupteur et le corrompu.

En revanche, les constitutions de parties civiles ne sont pas possibles entre corrupteur et corrompu.
Ex : le corrupteur qui a payé l'agent public pour obtenir tel acte et l'agent public reçoit l'argent, mais ne fait pas l'acte promis.

Dans ce cas là, cette constitution n'est pas possible, **car on ne peut se faire victime d'un délit qu'on a nous même commis.**

Cette solution peut dans certains cas particuliers, subir des atténuations.
Ex : Dans un arrêt de 92, il a été admis qu'un contribuable, qui sur les pressions fortes d'un inspecteur des impôts, lui avait remis une certaine somme, était recevable à se constituer partie civile contre cet inspecteur des impôts, au motif que les sommes versées l'avaient été sous les pressions très vive de l'inspecteur.
Le corrupteur n'avait été payé que sous la contrainte. On n'était pas loin d'un chantage.

Cela souligne que la corruption évoque l'extorsion dans certaines hypothèses.

Sous-section 2 : Les corruptions d'agent public étranger, internationales, et les corruptions d'agent du secteur privé.

I) Les corruptions d'agents publics internationaux.

En ce qui concerne la première catégorie, il faut constater qu'on a eu une évolution jurisprudentielle révélatrice des politiques criminelles spéciales. En ce qui concerne l'évolution des solutions législatives, cette évolution peut être exposée en distinguant dans le temps.

Jusque les années 2000, a été le temps de la tolérance des corruptions internationales. Jusque dans les années 90, les diverses législations condamnant la corruption était au fond totalement indifférente aux corruptions d'agent public de pays étrangers.
Pourquoi ?
Grace à la corruption, *on pouvait obtenir des marchés internationaux très importants.*

La corruption à l'internationale était concerné comme un moyen de conquête des marchés internationaux. C'était une bonne chose au point qu'il y avait une tolérance et un avantage fiscal. Jusqu'en 97, existait à Bercy un bureau spécial qui s'appelait le confessionnal, qui avait obtenu des marchés à l'étranger.

Peut-on déduire cet argent de l'assiette sur l'impôt sur les sociétés ? Oui.

Ce genre de tolérance est dangereuse, néfaste pour l'ordre public stricto sensu et pour l'ordre commercial international**. Les corruptions internationales peuvent saper la démocratie des pays dont les élites sont corrompues.**
➔Ces élites vont s'enrichir au détriment de la population.

La tolérance des corruptions, fait que les organisations criminelles organisées, se sont spécialisés dans les corruptions internationales.

La corruption internationale fausse la concurrence internationale. Cet aspect devient un aspect dominant des raisons d'être des poursuites pour corruption.

C'est suite à cela, qu'on a décidé de réagir. Les réactions contre les corruptions internationales ne pouvaient avoir lieu que par voie conventionnelle.

Il y a eu des conventions européennes. Elles ont été adoptées que pour les corruptions portant atteinte aux finances de la communauté.
Ensuite on a eu en **97 une convention de Bruxelles**, qui voulait qu'on généralise l'incrimination de la corruption. Leur champ d'application n'allait pas au-delà de l'Europe.

Hors de l'Europe, **la convention de départ, c'était L'OCDE de 97.**

Cette convention a été adoptée suite à une pression du gouvernement américain. Dans les années 77, avait eu lieu aux EU un scandale.
Ce scandale a conduit les EU a adopté les premiers une loi anti corruption internationale. Cette loi instaurait de lourdes peines contre les personnes physiques ou les personnes morales qui avaient corrompus des agents publics pour obtenir des marchés.

Mais étant donné qu'en 77, seuls les Eu avait adopté cette loi. Les Eu se sont dit qu'ils sont le seul à prévoir de lourdes peines d'emprisonnement contre les agents d'affaires qui corrompent à l'étranger. Si d'autre pays n'ont pas cette même législation, ils vont plus bénéficier de marchés à l'étranger.

Il y a eu une pression énorme des EU pour incriminer.
L'OCDE de 97, par laquelle les signataires de cette convention se sont engagés à incriminer les corruptions passives et actives faites à l'étranger.

On a eu une loi du 30 juin 2000, qui a introduit dans le code des incriminations relatives aux corruptions internationales.

Sous l'empire de la loi de 2000, les textes relatifs aux corruptions distinguaient entre les corruptions intra communautaires et extra communautaires.

Pour les intra communautaire,➔ **on incriminait la corruption tant active, que passive.** Cela signifiait que la loi pénale française était applicable à la corruption active et passive. En revanche pour les corruptions extra communautaires, ➔**la loi de 2000 distingue entre corruption active et passive.**

Elle n'était pas applicable à la corruption active. Il n'appartient pas à la loi pénale française de sanctionner les manquements à la probité, dont se rend coupable un agent public étranger. <u>L'agent public étranger ne doit relever que de la loi pénale de son pays.</u>

Pour les extra communautaire, ➔les corruptions n'étaient que les corruptions dans le cadre du commerce international.

On s'est aperçu que ce n'était pas une bonne chose pour le commerce international. D'autres conventions sont intervenues. **Convention des Nations unis de 2005, et d'autres conventions européennes, la convention de Strasbourg qui préconisaient l'extension des incriminations.**

Il existe aussi une convention civile sur la corruption qui prévoit que tous les méfaits de la corruption doivent être réparés.

On a eu une nouvelle **loi du 13 novembre 2007 qui a réformé** la matière. Les textes issus de cette loi sont **les articles 435-1 à 435-3 du code pénal.**
Ces textes élargissent le champ d'application de la loi pénale française aux conventions internationales.
Sous l'empire de la loi de 2000, s'agissant des conventions communautaires, on étend le champ d'application de la loi pénale. Elle est applicable aux conventions actives comme passive.

Il n'en demeure pas moins qu'en 2007, on vise OMC, UNESCO.

On supprime la distinction entre les corruptions intra communautaire et extra communautaire. Cependant cette distinction garde un certain intérêt.

D'abord, pour les corruptions extra communautaires, les poursuites ne peuvent être initiées que par le parquet.
Cela suppose que la corruption soit incriminée dans le pays étranger. Loi pénale dans l'espace.

Et ensuite les poursuites ne peuvent être initiés que **par le ministère public,** il ne peut pas y avoir constitution de partie civile par action.

- ⇨ C'est pour éviter que des concurrents à l'étranger d'entreprise française ne viennent porter plainte pour corruption pratiqué par les entreprises française de façon à les éliminer du marché.

Pour les corruptions intra communautaires, il n'y a pas de restriction pour les poursuites, elles peuvent l'être par **le parquet ou les personnes qui se disent victimes du délit**, et ensuite, sous le rapport de la loi d'application de la loi pénale dans l'espace, on fait jouer le **principe de la compétence universelle.** ➔ Cela signifie que si l'auteur actif ou passif de la corruption réside en France, est arrêté en France, la loi pénale française sera d'emblée applicable à son encontre.

Article 445-1 et 445-2.

Article 445-1
En vigueur depuis le 14 Novembre 2007
Modifié par Loi n°2007-1598 du 13 novembre 2007 - art. 1 () JORF 14 novembre 2007.

Est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende 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, afin d'obtenir qu'elle accomplisse ou s'abstienne 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, afin d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte visé audit alinéa, en violation de ses obligations légales, contractuelles ou professionnelles.

Article 445-2
En vigueur depuis le 14 Novembre 2007
Modifié par Loi n°2007-1598 du 13 novembre 2007 - art. 1 () JORF 14 novembre 2007.

Est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende 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, afin d'accomplir ou de s'abstenir 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.

S'agissant de la corruption d'agent du secteur privé, on peut distinguer dans le temps.
On pense que c'est une innovation car les textes actuels datent d'une loi du 4 juillet 2005. En réalité, l'incrimination d'agent privé est beaucoup plus ancienne.

Il fallait un contrat de travail liant le corrompu à un employeur. S'il n'y avait pas de contrat de travail, on ne pouvait pas faire jouer la corruption.

Ex : Salariés des centrales d'achat ont pris l'habitude de se faire offrir des cadeaux, pour référencer les producteurs de certains articles. Si on a toutes les composantes, le délit sera constitué.

Ex : Les corruptions auxquelles se livraient les chefs de cuisine de ministère, voir de l'Elisée qui exigeait des vendeurs de Rungis, des enveloppes mensuelles pour être les fournisseurs de tel ministère. C'était un prototype de corruption de salarié.

En ce qui concerne les solutions de salarié, on a les exemples topiques de la corruption des footballeurs qui acceptent de mal jouer pour que leur équipe perde, et que l'autre gagne.

Ex : Corruption d'arbitre. S'agissant de la corruption de salarié, on a une jurisprudence ancienne, qui a pour conséquence que la corruption de salarié permet de sanctionner le débauchage sauvage, qui va déstabiliser l'entreprise.
De façon générale, un concurrent peut débaucher les salariés qui travaillent chez un concurrent, mais ce débauchage pourra devenir pénalement sanctionnable, si le concurrent qui demande à un salarié de quitter l'employeur et de le quitter immédiatement sans respect de son préavis pour qu'il soit déstabilisé dans son fonctionnement.
➔Ce concurrent qui débauche, peut être exposé à un grief de corruption active au motif qu'en ne respectant pas le préavis, il s'attient de l'accomplissement d'un acte de sa fonction. Le débauchage peut déstabiliser le fonctionnement d'une entreprise.

Le délit a été étendu à **la corruption d'agent du secteur privé non salarié 445-1 et 445-2.**
Cette incrimination concerne les corruptions de toutes personnes n'appartenant pas aux secteurs publics qui exercent dans le cadre d'une activité professionnelle ou sociale une fonction de direction, ou un travail pour une autre personne physique ou morale, ou pour un organisme quelconque.

Peuvent être concerné des dirigeants de société, des avocats, des agents d'affaire, et le visa des activités sociales, a conduit à considérer que le corrompu peut être l'agent d'une ONG.

Le 12 avril 2010.

<u>Section 2 : Le trafic d'influence.</u>

C'est une infraction voisine mais distincte de la corruption. **L'incrimination du trafic d'influence figure dans les mêmes textes que ceux qui incriminent la corruption.**

C'est une opération qui se passe à 3. Une personne va approcher une autre personne pour que celle lui fasse obtenir d'une administration un avantage.

- ⇨ Cette tierce personne va faire accorder l'acte convoité.

C'est un délit de vénalité. Il faut solliciter ou agréer des dons, promesse, pour acquérir l'avantage recherché.
Le schéma est le même, il faut un pacte de trafic d'influence.

§1) Le pacte de trafic d'influence.

Ce pacte peut être noué entre un agent public et un particulier et aussi noué entre deux particuliers.
Du coté de l'agent public ce sera un trafic d'influence passif, et du coté du particulier, un trafic d'influence actif.

Dans ce cas là, **la répression est la même** (10 ans d'emprisonnements etc..).

Il peut être noué entre deux particuliers. Dans ce cas là, il faut un élément de vénalité aussi. Cependant, il ne faut pas confondre le piston et le trafic d'influence. Dans le piston, il n'y a pas de vénalité.
Il résulte des textes, que le trafic d'influence suppose que **l'agent public ou le particulier va abuser de son influence auprès d'une administration publique.**

Le terme « abus » est important car on peut avoir des confusions, entre les lobbyings et le trafic d'influence.
Le lobbying est pratiqué par des cabinets Anglos saxons, qui sont rémunérés pour procéder à ces lobbyings. Ils vont intervenir auprès des élus pour faire changer des lois, etc.

- ⇨ Le lobbying est interdit si on doit faire des cadeaux, offres, promesses, à des élus.

On a des frontières délicates, car on n'avait aucune réglementation sur le lobbying. Cependant dans certains pays, il y a de la transparence, on doit s'afficher comme groupe de lobbying, donc pas de problème. Par contre en France, il n'y a aucune transparence donc c'est délicat.
On peut avoir un basculement du lobbying et le trafic d'influence.

Si c'est un lobbying de pure conviction, il n'y a pas de problème, sinon on sera dans le domaine du droit pénal.

L'administration publique peut être toute administration publique, commune, ministère, grande chancellerie.
Ex : Le gendre du président de la république de l'époque, disait qu'il pouvait intervenir auprès de son beau père pour obtenir la légion d'honneur.
On vise aussi les distinctions remises, les emplois, les marchés, **et toutes décisions favorables.**

L'administration publique auprès de laquelle le trafic d'influence doit être exercé, doit être une administration publique française.
En dépit des extensions des textes sur la corruption, il n'y a pas eu d'extension par les lois de 2007 au trafic d'influence exercé en direction d'un agent public étranger.

Le trafic d'influence vers l'étranger n'est incriminé 435-2 que lorsque c'est en direction d'une organisation internationale publique, ONU, UNESCO etc.

- ⇨ Il n'y a pas de parallélisme avec la corruption.

Cela s'explique pour des raisons particulières : Les conventions internationales adoptées en sont arrivées à admettre qu'il faudrait étendre l'incrimination à dimension internationale au trafic d'influence comme on l'a fait pour la corruption.

- ⇨ Cela est logique car avec le trafic d'influence on arrive au même résultat qu'avec la corruption.

Les conventions prévoient que les états signataires pourraient faire des réserves. La France l'a utilisé au motif que le trafic d'influence n'est pas incriminé dans tous les pays et qu'en conséquence les entreprises française pourraient *subir un désavantage dans la compétition des conquêtes des marchés à l'international si le droit pénal en venait à incriminer le trafic d'influence.*

Cela souligne l'hypocrisie législative.

L'influence que l'on propose de mettre en œuvre peut être **une influence réelle ou supposée.**

Ex : Une influence peut être supposée, et l'agissement tombe sous le coup de l'influence. On peut avoir une question de conflit de qualification avec l'escroquerie.

CHAPITRE 2 : Les prises illégales d'intérêt et le délit de favoritisme.

A la différence de la corruption et du trafic d'influence. Ne sont pas des délits de vénalité, on ne réclame pas de dons, promesses.
Ces infractions portent atteinte à la régularité du bon fonctionnement des marchés publics.

Ces délits peuvent être formels. Les prises illégales d'intérêts sont incriminées par 432-12 et 432-13 du code pénal.

Section 1 : Les prises illégales d'intérêt.

Elle est appelée prise illégale d'intérêt de l'agent public, et le deuxième c'est l'ancien agent public passé dans le privé.

Sous-section 1 : La Prise illégale d'intérêt par un agent public en fonction.

Selon l'article 432-12, *c'est le fait par une personne dépositaire de l'autorité public … de prendre, recevoir, ou conserver directement ou indirectement un intérêt quelconque dans une entreprise ou une opération dont elle a au moment de l'acte en tout ou partie la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement.* (5ans d'emprisonnement et 75K€ d'amende.)
L'alinéa 1 est le plus important. Dans les alinéas suivant, on prévoit des exceptions à l'incrimination.

§1) Il faut préciser la finalité du délit.

Au départ, **le délit de prise illégale d'intérêt, les personnes visées ne doivent intervenir dans aucune décision qu'ils peuvent prendre en leur qualité**, pouvant servir directement ou indirectement leurs intérêts. ➔La finalité première est d'interdire aux agents publics d'utiliser leurs pouvoirs publics pour servir leurs affaires personnelles.

- ⇨ Il doit y avoir une frontière entre les affaires publiques et les affaires privées.

En réalité, il ne faut pas forcément un profit pour l'agent public. **Le délit de prise illégal d'intérêt peut être considéré même si l'agent public ne fait aucun profit.**

Ex : Un maire, qui était à la tête d'une grande quincaillerie, et qui a fait acheter par la commune du matériel de sa quincaillerie.

La deuxième finalité est d'instaurer une incompatibilité garantissant aux cas de conflits d'intérêts l'impartialité et l'indépendance des décisions publiques. **En effet derrière l'idée première, transparait l'idée d'incompatibilité.**

Ex : Un avocat est frappé d'incompatibilité dans la mesure où il ne peut pas défendre l'adversaire de son client.
Ex : On ne peut pas être contrôleur et contrôlé.
L'atteinte à l'incompatibilité est admise dès lors que les tiers peuvent suspecter l'impartialité de la décision publique.

Au moment des périodes électorales il y a beaucoup de prise illégale d'intérêt. L'une des sanctions accessoires de la prise illégales d'intérêt c'est l'éligibilité de l'auteur de l'infraction.
La sanction de la prise illégale d'intérêt peut être pénale mais aussi administrative. ➔ On peut avoir la sanction administrative **de l'annulation.**

§2) Les composantes du délit

A) Les conditions préalables.

Elles sont deux. L'agent doit être l'auteur du délit. C'est une condition préalable personnelle.
Pour les pouvoirs de l'agent, il faut que l'agent ait eu sur l'entreprise ou l'opération dans laquelle il a eu un intérêt, il faut qu'il ait eu un pouvoir visé par les textes.

Les conditions préalables sont les mêmes que pour le trafic d'influence. ➔L'agent doit être dépositaire de l'autorité public, investi d'un mandat électif public etc.

Pour avoir cette qualité, il suffit d'exercer **une mission d'intérêt général** sous l'autorité d'une autorité publique supérieure. 432-12 du code pénal.

En matière de diffamation, on **distingue entre les personnes publiques et les personnes privées**. Les poursuites ne sont pas les mêmes. On vise la diffamation des personnes chargées d'un service publique.

Ex : Suite à l'arrêt de 2000, un administrateur judiciaire a assigné en diffamation deux personnes chargées d'un service public.
Sa procédure a échouée car il ne faut pas confondre les personnes chargées d'une mission de service publique, et une personne chargée d'un service public. ➔ **Il faut que la personne puisse prendre des décisions d'autorité publique.**

Pour le pouvoir : Le texte vise 3 catégories de pouvoirs.
Les personnes qui interviennent dans les pouvoirs publics, surveillance, paiement, administration etc.

Ils sont interprétés de façon très extensive par la jurisprudence.
➔On pourrait penser que le pouvoir de l'agent public doit être un pouvoir décisionnel. En réalité ce n'est pas le cas, ce peut être un simple pouvoir préparatoire de décision, ou un pouvoir donné par avis.

C'est le maire, ou le président du conseil général, qui a seul le pouvoir d'administrer ou de surveiller les affaires de la commune.
Les membres du conseil général n'ont pas ce pouvoir que vise le texte. Ces pouvoirs appartiennent soit au maire, soit au président du conseil général. ➔En conséquence, on peut penser que lorsque

les conseillers municipaux interviennent dans une décision**, ils ne peuvent pas commettre le délit car ils n'ont pas l'un des pouvoirs visés par le texte d'incrimination.**
Ce genre de pouvoir, ils ne peuvent l'avoir que si le maire **leur a consenti une délégation de compétence dans un secteur donné.**

S'il n'y a eut aucune délégation, il n'a pas les pouvoirs requis, il ne peut pas se voir reprocher le délit.

Ce genre de solution a implicitement été admise par la jurisprudence pénale jusqu'en 1996 et dans un tel cas, il peut y avoir que la sanction de l'annulation.
A partir de 1999, dans une jurisprudence constante, la jurisprudence pénale, a admis que *le fait pour un conseiller municipal, de participer à une délibération ayant pour objet une affaire dans laquelle il est intéressé vaut surveillance de celle-ci.*

Bien que le conseiller n'ait pas les pouvoirs requis, le droit pénal considère qu'il a le pouvoir requis par le texte. Sous le rapport de la finalité du délit, cela se comprend, car on est dans l'hypothèse de conflit d'intérêt.

En ce qui concerne l'autre exigence du texte. Le terme « entreprise » au sens commercial, ce peut être n'importe quelle affaire dans laquelle l'agent visé par le texte est intéressé.

B) Les éléments constitutifs.

Il y a trois modalités. (**Prendre recevoir ou conserver)** un intérêt quelconque, qui est sous la surveillance de l'agent.

*Prendre un intérêt : **cela peut consister à intervenir dans une décision qui va servir les intérêts de l'agent public ou à ces proches**.
Prendre un intérêt en capital ou en travail.

*Recevoir un intérêt. **Ce peut être la suite de la prise illégale d'intérêt.**

*Conserver un intérêt. Jusqu'à l'entrée en vigueur du 1er mars 1994, c'est un délit instantané.
Le délit peut désormais être continu. Cette analyse n'est pas consacrée par la jurisprudence car il apparaît que la conservation d'intérêt était déjà punie avant le nouveau code pénal.

La conservation d'intérêt a pour conséquence de mettre fin aux intérêts que l'on avait sous cette collectivité.

Le fait de prendre, recevoir ou conserver **peut consommer le délit**, qu'il ait eu lieu directement ou indirectement.

Dans l'ancien code on visait les prises illégales d'intérêt personnellement.
Désormais le délit peut être constitué si l'agent est ouvertement intervenu dans la décision qui sert ces intérêts.
➔Le délit pourra également être reproché en raison de l'adverbe « indirectement » s'il n'est pas personnellement intervenu dans la décision qui a pour résultat de servir son intérêt.

Il peut en être ainsi dans deux cas :
-Le premier cas, est celui dans lequel l'agent public dit qu'il y a une délégation de pouvoir. On n'intervient pas dans la décision litigieuse, on est à l'abri de poursuite pénale.

On peut être condamné pour prise illégale d'intérêt. La prise illégale d'intérêt peut être commise par délégation. ➔ **Le délit peut être commis par délégataire interposé.**

Un arrêt de 2005 a été plus loin. Les faits étaient les suivants :
Le président du conseil général de Haute corse, était intervenu dans une procédure d'attribution de marché public. La procédure d'attribution peut concerner plusieurs étapes.
Lorsqu'il y a des appels d'offres, il y a une première séance, l'ouverture des plis.
Au cours de cette séance, il apparaît que l'une des entreprises candidates était une entreprise dirigée par les enfants du président de Haute corse.

Le président de Haute corse vient présider la deuxième séance. Le président connaissant l'article 432-12 du code pénal dit qu'il se retire de la réunion.
➔Tous les conseillers présents ont bien attesté qu'au moment de l'examen, le président était sorti.

Le marché est attribué à l'entreprise du fils du président. ➔ **Il est poursuivit et condamné pour prise illégale d'intérêt au motif qu'en sa qualité de président du conseil général, il avait l'administration de l'ensemble des affaires et d'organiser les modalités d'appels d'offres.**

La présence à une délibération collégiale, sans intervention dans le vote d'une personne dont la présence peut influencer le vote des autres membres de l'assemblée collégiale peut suffire à constituer le délit.

La présence du président était de nature à avoir une influence sur les décisions.

L'intérêt peut être un intérêt quelconque, un intérêt patrimonial, un intérêt familial ou moral, peut importe que le président n'ait aucun intérêt patrimonial dans les affaires de sa famille ou ses enfants.

Pour ce qui est de l'élément moral. Le dol général suffit.

Le 14 avril 2010.

§3) Les poursuites et la répression.

Les poursuites peuvent être arrêtées par un des faits justificatifs de la loi.

Art 432-12al2 du code pénal.

« Prise illégale d'intérêts - Code pénal Article 432-12

(Ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 art. 3 et 4 Journal Officiel du 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002)

Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende.

Toutefois, dans les communes comptant 3 500 habitants au plus, les maires, adjoints ou conseillers municipaux délégués ou agissant en remplacement du maire peuvent chacun traiter avec la commune dont ils sont élus pour le transfert de biens mobiliers ou immobiliers ou la fourniture de services dans la limite d'un montant annuel fixé à 16000 euros.

En outre, dans ces communes, les maires, adjoints ou conseillers municipaux délégués ou agissant en remplacement du maire peuvent acquérir une parcelle d'un lotissement communal pour y édifier leur habitation personnelle ou conclure des baux d'habitation avec la commune pour leur propre logement. Ces actes doivent être autorisés, après estimation des biens concernés par le service des domaines, par une délibération motivée du conseil municipal.

Dans les mêmes communes, les mêmes élus peuvent acquérir un bien appartenant à la commune pour la création ou le développement de leur activité professionnelle. Le prix ne peut être inférieur à l'évaluation du service des domaines. L'acte doit être autorisé, quelle que soit la valeur des biens concernés, par une délibération motivée du conseil municipal.

Pour l'application des trois alinéas qui précèdent, la commune est représentée dans les conditions prévues par l'article L. 2122-26 du code général des collectivités territoriales et le maire, l'adjoint ou le conseiller municipal intéressé doit s'abstenir de participer à la délibération du conseil municipal relative à la conclusion ou à l'approbation du contrat. En outre, par dérogation au deuxième alinéa de l'article L. 2121-18 du code général des collectivités territoriales, le conseil municipal ne peut décider de se réunir à huis clos.

Ce fait justificatif souligne les inconvénients que peut avoir le délit.
Dans les petites communes, souvent, les maires ou conseillers municipaux sont souvent des entrepreneurs et à supposé que la commune ait besoin de travaux, **le délit de prise illégal d'intérêt interdit que ce soit l'entreprise du maire qui rénove la commune et donc faudra aller chercher plus loin et ca sera plus cher.**
Donc, pour les petites communes, il est prévu que le délit ne sera pas constituer si les travaux sont attribués à l'entreprise du maire si le maire ne participe pas à la délibération du conseil municipal et que la délibération soit publique.

Egalement, les fonctionnaires ayant des fonctions de recherche peuvent s'ils y sont autorisés prendre des intérêts en capital dans des entreprises qui peuvent valoriser leurs recherches.

Les poursuites :
Il peut y avoir des cumuls de qualifications, notamment avec le favoritisme.

La prescription :
Elle court du dernier acte de prise illégal d'intérêt.
En ce qui concerne les personnes pouvant mettre en mouvement l'action publique ➔ le ministère public, la commune à laquelle appartient l'auteur du délit de prise illégal d'intérêt.
Un contribuable de la commune peut, s'il a obtenu l'autorisation du tribunal administratif peut exercer l'action que n'aurait pas exercée la commune.

Le délit appartient à la catégorie des délits généraux, et donc il ne peut pas y avoir constitution de partie civil de particulier mais, si le délit porte atteinte à des intérêts privés alors le contraire n'est pas exclu.

La répression : Est encourue la peine accessoire de l'article 7 du code électoral, qui prévoit que les personnes condamnés pour ces délits sont frappés d'une inéligibilité pendant 5 ans ce qui les interdit d'être candidat à des fonctions publiques.

Sous section 2 : Le délit de prise illégal d'intérêt de l'article 432-13 (de l'ancien agent public).

Article 432-13 du code pénal : « Prise illégale d'intérêts - Code pénal Article 432-13
(Ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 art. 3 Journal Officiel du 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002)

Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende le fait, par une personne ayant été chargée, en tant que fonctionnaire public ou agent ou préposé d'une administration publique, à raison même de sa fonction, soit d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée, soit de conclure des contrats de toute nature avec une entreprise privée, soit d'exprimer son avis sur les opérations effectuées par une entreprise privée, de prendre ou de recevoir une participation par travail, conseil ou capitaux dans l'une de ces entreprises avant l'expiration d'un délai de cinq ans suivant la cessation de cette fonction.

Est punie des mêmes peines toute participation par travail, conseil ou capitaux, dans une entreprise privée qui possède au moins 30 p. 100 de capital commun ou a conclu un contrat comportant une exclusivité de droit ou de fait avec l'une des entreprises mentionnées à l'alinéa qui précède.

Au sens du présent article, est assimilée à une entreprise privée toute entreprise publique exerçant son activité dans un secteur concurrentiel et conformément aux règles du droit privé.

Ces dispositions sont applicables aux agents des établissements publics, des entreprises nationalisées, des sociétés d'économie mixte dans lesquelles l'Etat ou les collectivités publiques détiennent directement ou indirectement plus de 50 p. 100 du capital et des exploitants publics prévus par la loi nº 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications.

L'infraction n'est pas constituée en cas de participation au capital de sociétés cotées en bourse ou lorsque les capitaux sont reçus par dévolution successorale. »

Le délit de **l'article 432-13** consiste pour une personne qui était dans la fonction publique et qui en sort de cette fonction **à prendre dans les 3 ans de sa sortie de la fonction publique des intérêts en capital ou en travail dans une entreprise qui était sous sa surveillance d'agent public du temps ou il était dans la fonction publique.**
On parle également de délit de pantouflage.

Ce délit trouve sa raison d'être dans plusieurs considérations :
On a craint que l'entrée dans une entreprise privée que surveillait un agent public ne soit le remerciement de bienveillance passé de cet agent public envers l'entreprise qu'il était chargé de surveiller.

Egalement, on a craint un débauchage des agents publics par le privé.

La troisième raison tient à ce que, lorsqu'on est dans la fonction public, on se fait un réseau d'agents publics et on a craint que l'agent utilise ses réseaux pour faire obtenir des décisions favorables à l'entreprise privée dans laquelle il est entré.

Cette interdiction ne vaut que pendant 3 ans. Avant 2007, ce délai était de 5 ans.
On retrouve l'idée de préserver l'impartialité des décisions publiques.
C'est une incompatibilité différée pendant 3 ans.

La nomination dans l'entreprise privée pourrait **faire l'objet d'une annulation.**

On a également mis en place **des commissions de déontologie**. L'agent qui veut rentrer dans une entreprise privée doit demander l'avis à la commission de déontologie. Mais ces avis ne sont pas toujours demandé ou les avis ne sont pas forcement suivi.

- **Les composantes du délit** :

On a une condition préalable personnelle relative à la qualité de l'agent.
L'auteur du délit doit **être un fonctionnaire ou un préposé des administrations publiques**.

Il fallait savoir si les ministres et les membres de leurs cabinets sont concernés par le délit en question ?
La question a toujours était discuté. Elle a été tranché qu'une fois par un arrêt dans le sens de la négative mais il y avait une incertitude.

Ne figure pas dans les personnes concernées, **les élus et les personnes chargées d'une mission de service public.**

Il y a également une condition préalable de pouvoir : Le fonctionnaire devait avoir le pouvoir de contrôler ou de surveiller l'entreprise privée dans laquelle il est entré, soit de passer des contrats avec cette entreprise, soit de formuler des avis sur les contrats passés par cette entreprise.

Avant la réforme de 2007, la condition de pouvoir était largement entendue. **Il suffisait que notre agent ait eu un pouvoir**. Il n'était pas nécessaire, qu'il ait effectivement exercé ce pouvoir sur cette entreprise.

Depuis 2007, le délit ne peut être constitué que si l'agent public est entré dans une entreprise dans laquelle il avait un pouvoir se surveillance et de contrôle qu'il a effectivement exercé.

Les éléments constitutifs du délit :
Il suffit de prendre un intérêt en capital ou en travail dans l'entreprise privé sur laquelle l'agent avait exercé une surveillance ou un contrôle.

Section 2. Le délit de favoritisme dans l'attribution des marchés publics.

Art 432-14.

« **Code pénal Article 432-14 - "Délit de favoritisme"**
(Loi n° 95-127 du 8 février 1995 art. 10 Journal Officiel du 9 février 1995)
(Ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 art. 3 Journal Officiel du 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002)

Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public.

C'est un délit qui sanctionne la méconnaissance des règles régissant la commande publique.
Jusqu'en 1990, la violation des règles d'attribution des marchés publics n'était pas pénalement sanctionnée.
L'attribution des marchés publics, se faisait souvent dans l'opacité.

A partir de 1991, on a décidé d'incriminer le délit.
L'article 432-14 dispose qu'est puni le fait « par une personne dépositaire de l'autorité publique…. De procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public. »

I. Les composantes de l'infraction :

A. Les conditions préalables.

Elles sont au nombre de 2.
Il y a une condition préalable économique.
La deuxième condition est une condition personnelle.

-La condition économique de nature administrative.

Elle est représentée par le marché public ou la délégation de service public.
La réglementation dans les marchés publics varie de marché à marché.

-La condition préalable personnelle relative à la qualité de l'agent :

Elles tiennent à ce que **seules certaines sociétés peuvent être victime du délit ABS et à ce que notre délit peut être le fait que des dirigeants visés par les textes.**

I. La société victime.

L'ABS n'est pas incriminé dans toutes les sociétés.
Il y a pour l'essentiel les SA, Les SARL, les commandites par action, les SAS et des sociétés de construction.

- ⇨ Il faut un texte d'incrimination.

Sans texte d'incrimination, on ne peut pas qualifier d'ABS mais pour les autres, on pourra retenir la qualification d'abus de confiance.

Il suffit que la forme sociale soit satisfaite, peu importe la taille de la société.
Une EURL est une SARL. **De sorte que le dirigeant d'une EURL peut se voir reprocher un abus de biens sociaux s'il utilise les fonds de sa société à des fins personnelles.**

La société doit être une société de droit français. Le délit ne concerne que les sociétés soumises à notre droit.
Pour les sociétés étrangères, on ne pourra pas retenir la qualification d'ABS, mais on pourra qualifier abus de confiance.

Dans les sociétés de personnes, on ne pourra retenir que les abus de confiance, idem pour les associations.

Le 3 mai 2010.

L'abus de bien sociaux est incriminé dans certaines sociétés seulement.

La Société victime doit être une société dans laquelle l'infraction doit être incriminée. Elle n'est pas incriminée dans les sociétés de personnes.

*La qualité de l'auteur du délit.
On a le président, les administrateurs.
Le texte exige que l'auteur du délit ait la qualité **de dirigeant de droit**, mais ca vise aussi les dirigeants de fait.

Pour les dirigeants de fait, il faut établir **qu'ils se sont livrés à une immixtion dans la gestion**, et pour cela, on fait appel **au faisceau d'indice.**

Dans les SA, on a le président, le directeur général etc.. On vise plusieurs dirigeants. Il ne faut pas en déduire que la responsabilité pénale est collective. Nul n'est pénalement responsable que de son propre fait. ➔ **Il faudra rechercher quel est le dirigeant auquel est rattaché l'acte contraire à la société.**

Si les dirigeants peuvent être auteur principal du délit, **ils peuvent aussi être complices.**

La complicité en cause au regard de l'abus de biens sociaux peut être une complicité par abstention.
Ex : Le président d'un directoire qui savait que d'autre dirigeant se livraient à des abus de biens sociaux et qui avaient laissé faire pouvait se voir imputé une complicité de ce délit.

Sous le rapport de l'orthodoxie du droit pénal, la complicité est critiquable. Le principe est que lorsque la loi exige un fait positif, l'omission qui amène au même résultat ne peut pas tomber sous le coup de la loi pénale.
Dans le droit pénal des affaires, on admet qu'on peut avoir **des complicités par abstention, collusion.** La sanction par collusion n'est acceptable que si ➔ la personne qui le fait a le pouvoir d'empêcher l'acte qu'il a laissé faire et qu'il doit avoir eu connaissance effective de l'acte qu'il a laissé faire à un autre.

*Les éléments constitutifs.

§1) L'élément matériel :

Il est définit comme un usage des biens ou du crédit de la société contraire à l'intérêt de celle-ci.
On distinguera entre l'usage des biens et du crédit et d'autre part le caractère contraire à l'intérêt de la société.

a) Acte d'usage des biens ou du crédit.

1) Nature et caractère généraux de l'acte d'usage.

S'agissant de la nature, le texte ne pose aucune condition. La nature est indifférente. Il peut s'agir **d'un acte de disposition, ou un acte d'administration.**

(*L'acte d'administration est un acte de gestion courante du patrimoine : entretien, placement d'un capital, bail de moins de neuf ans, vente d'une récolte.)*
(L'acte de disposition est l'acte qui réduit l'importance ou la valeur du patrimoine, donation, vente, bail de plus de neuf ans, ou qui est susceptible de le réduire à plus ou moins long terme, constitution d'une hypothèque, emprunt.)

Le seul fait de donner à bail un immeuble, de louer un appartement à un prix dérisoire est un acte d'administration et l'acte pourra être constitutif du délit.
L'acte d'usage purement matériel a pour conséquence qu'une seule décision de gestion qui pourra être qualifiée de contraire à la société peut suffire à constituer le délit.

Les actes pouvant consommer le délit peuvent s'enchainer.
Ex : On prend une décision et ensuite on exécute l'acte.
On peut être receleur d'abus de biens sociaux alors que la société n'a pas encore sortie de fonds sociaux.

Ex : On bénéficie en tant que journaliste d'une invitation par une société soit disant pour faire une conférence et la conférence doit être faite aux Maldives.
Le journaliste a fait valoir que son billet d'avion n'avait pas encore été payé par la société donc pas d'atteinte au patrimoine social.

⇨ ***Mais la décision de gestion suffit à consommer le délit.***

Les caractères généraux au regard des exigences du droit pénal général sont au nombre de deux :
-Il faut un acte positif d'usage.
➔ Une abstention ne peut pas être constitutive du délit.

En réalité cette solution selon laquelle on ne pouvait pas avoir de délit d'abus de biens sociaux au cas de pure abstention souffre d'une atténuation.

L'hypothèse dans laquelle un dirigeant de société fait des livraisons de produits que fabriquent la société dans laquelle il a des intérêts personnels, directs ou indirects. Cette autre société était dirigée par sa femme.
La société bénéficiaire a des difficultés de paiement et le dirigeant qui a fait les livraisons ne réclame pas les paiements. Il s'abstient de demander paiement.
Dans une telle hypothèse *la jurisprudence retient l'abus de pouvoirs sociaux.*
On a des hypothèses dans lesquelles l'abus de pouvoir sociaux peut être retenu seul. L'abus de pouvoir sociaux peut être un facteur d'extension du champ de la répression.

Le deuxième caractère général, c'est que **l'acte doit être un acte consommé.** ➔ La tentative d'abus de biens sociaux n'est pas incriminée.
Toutefois cette exigence qui découle du droit pénal général souffre elle aussi des atténuations.
Selon une jurisprudence constante, le délit peut être consommé dès lors que **le dirigeant peut se voir reprocher d'avoir exposé l'actif social à un risque de perte auquel il ne devait pas être exposé.**

Ex : Un dirigeant a besoin d'emprunter pour financer son appartement personnel et les banques demande une caution. Le dirigeant va faire cautionner par la société.
Il est interdit au dirigeant de se faire consentir des prêts ou des cautionnements par la société. La convention de cautionnement est une convention interdite.
Pour prolonger l'exemple, la caution n'a pas besoin de jouer. La société ne subit aucun préjudice patrimonial, elle ne subit aucune sortie de fonds.
Le délit d'abus de biens ou de crédit est constitué car la convention de cautionnement étant interdite par la loi commerciale, on peut appliquer le motif classique de qualification. ➔**Les dirigeants ont exposé l'actif social à un risque de perte.**

Ce mode de qualification du délit a pour conséquence que celui-ci peut prendre des allures de délit formel. On peut avoir un abus de biens sociaux consommés, sans que la société est subit le moindre préjudice patrimonial.

Cela peut parfois choquer car le préjudice n'est pas requis à titre qualificatif dans l'abus de bien sociaux.

2) L'objet de l'acte d'usage.

Pour être constitutif du délit, l'acte d'usage doit avoir **pour objet les biens ou le crédit de la société.**
Les biens peuvent être tous les biens sociaux, qu'ils soient immobilier ou mobilier.
On a aussi la qualification de pouvoir d'abus sociaux quand les biens sont incorporels.

Le texte vise aussi **l'abus de crédit social.** ➔ C'est la confiance qui peut être faite à la société en raison de sa surface financière. Dans l'exemple du cautionnement, c'est un abus de crédit social. Il pourra y avoir abus de crédit social si le dirigeant consent à une autre société des délais de paiement excessivement long.

b) Un acte contraire à l'intérêt de la société.

L'acte contraire c'est le cœur. C'est une composante pénale. ➔C'est le juge pénal qui est juge du caractère contraire et non les organes sociaux.
En pratique cela a pour conséquence que si un acte fait par un dirigeant a été autorisé par l'assemblée générale, ➔ **cette autorisation n'est pas des circonstances permettant d'écarter la qualification.**

En effet les dirigeants peuvent influencer les organes sociaux.

Le texte exige un acte contraire à l'intérêt de la société mais il ne nous dit pas ce qu'il faut entendre par acte contraire. Pendant très longtemps pour cerner l'acte contraire on procédait par voie de succession d'exemple jurisprudentiel.
Avec le temps les choses se sont améliorées et à l'heure actuelle, pour qualifier le caractère contraire à l'intérêt de la société, on est conduit à distinguer deux hypothèses :

-Hypothèse dans laquelle l'acte reproché l'est **dans une société simple ou unique.**

L'acte contraire va être qualifié en se référant à la notion d'intérêt de la société. En réalité on ne peut pas adopter cette qualification car l'intérêt varie de société en société. *Il n'y a pas de notion unique d'intérêt de société.* **C'est la spécialité des personnes morales.**

Il est au fond trois modes de qualifications contraires.

***On a une dépense sociale décidée qui sert les intérêts personnels des dirigeants et n'a pas de contre partie pour la société.**
Dans une telle hypothèse, il pourra arriver que la qualification ne prête pas à discussion et ne puisse pas prêter à discussion.

Toutes les fois ou les dirigeants utilisent les fonds sociaux pour des dépenses totalement personnelles.
Ex : Du matériel payé par la société livré chez un dirigeant. Ici il n'y a aucune contre partie pour la société.

Ce peut être un intérêt direct ou indirect.
Ex : La société rémunère au titre de salarié des proches de dirigeants qui en réalité n'effectue aucun travail pour la société. ➔ Dans ce cas là, il n'y a aucune discussion sur la qualification d'acte contraire.
Il n'y aura pas non plus discussion si le dirigeant menant une opération pour le compte de la société réclame une commission personnelle sur cette opération.

Hypothèse dans lesquelles ne débouchent pas sur une qualification incontestable car on peut justifier la contre partie.
Ex : Frais de réception ➔ En pratique ce sont des frais de restaurant de cocktail. La société va payer ces frais. Si ces frais ne servent que les intérêts personnels. Les bénéficiaires des restaurants n'ont été que les amis du club sportif des dirigeants. Dans ce cas là, la qualification pourra être retenue.

Si le dirigeant organise une grande réception de 500 personnes et cette grande réception est organisée pour le mariage d'un de ses enfants. **C'est le dirigeant qui doit prouver que les frais peuvent générer une contre partie pour la société.**

Ex : Les rémunérations des dirigeants sont indues ou excessives. *Elles n'ont pas été acceptées par le conseil d'administration ou elles paraissent beaucoup trop importantes.*
➔Des rémunérations jugées comme excessives et exposées à la qualification de biens sociaux, ***il faut qu'elles dépassent les capacités financières de l'entreprise et qu'elles soient sans rapport avec le travail, l'industrie fournie par le dirigeant au profit de l'entreprise.***

Le dirigeant peut être responsable d'infractions commises pour le fonctionnement de la société.
Deux problèmes :
-On était dirigeant, et on est condamné pénalement. Les infractions commises sont des contraventions et le montant d'amende à payer est très important. Qui règle les montants des

amendes pénales ? La responsabilité **pénale est éminemment personnelle.** Si le dirigeant paie avec les biens sociaux sera constitutif du délit d'abus de bien sociaux.

-Si on est poursuivit pénalement pour infraction commise dans le fonctionnement de la société. Il faut un avocat. Les honoraires d'avocat peuvent être élevés. Qui paie les frais ?
Le principe est que la défense pénale est une défense faite pour servir des intérêts personnels. **Par voie de conséquence les honoraires d'avocat doivent être payés par l'argent personnel du dirigeant.**

Toutefois, il y a une difficulté :
On peut avoir une procédure longue et des frais d'avocat élevés. Quand la dépense a débouché sur un non lieu, cela montre qu'il n'y avait pas de responsabilité pénale personnelle, il est admis que le dirigeant peut se faire rembourser ses frais d'avocat par la société mais à ce moment, il faudra mieux qu'il suive les formalités requises en cas de conventions règlementées

***La dépense sociale litigieuse est étrangère à l'objet social.**

Une dépense peut être étrangère à l'objet social dans deux cas :

-Lorsque que la dépense n'entre pas dans l'objet statutaire.
Ex : On est à la tête d'une société viticole. On achète des parts d'une société de chasse. C'est la société qui paie les parts de chasse. L'objet social étant la fabrication de vin, la dépense est totalement étrangère à l'objet social.
L'acquisition des parts de chasse ne serve que l'intérêt personnel du dirigeant.

Le dirigeant a acheté ces parts car dans la société de chasse, des personnes font de grosses commandes à la société. **Le dirigeant pourra prétendre qu'il y a des contre parties pour la société car il y aura des grosses commandes pour la société**.

Lorsque cela ne sert que les intérêts personnels du dirigeant on peut croire que la dépense est constitutive du délit. ➔ La réponse ne peut pas toujours être positive. (arrêt de 96). Une SARL qui fabrique de la dentelle. Cette SARL achète des parts de SCI qui sont représentés par deux appartements. Dans l'un des appartements est logé le gérant de SARL et dans l'autre sa mère. Dans cette affaire, les premiers juges ont déclaré que la dépense était nécessairement contraire à l'intérêt de la société.
La chambre criminelle a censuré *au motif qu'il n'est pas nécessairement contraire d'investir dans la pierre si sa trésorerie lui permet et que la qualification ne peut pas être retenu si les loyers de ces appartements sont normalement payés par le dirigeant et par sa mère. Il y a une contre partie pour la société, ce sont les loyers.*

-Lorsque la dépense a un objet illicite : Une dépense à objet illicite ne peut pas entrer dans l'objet social d'une société. Le prototype des dépenses étrangère à l'objet social car elles sont illicites sont les hypothèses de dépense de corruption.
Au départ on a une infraction de corruption. Dans les années 80, on ne songeait pas à cumuler avec la corruption la qualification d'abus de biens sociaux. La dépense de corruption a généré une contre partie pour la société, le marché.
Par voie de conséquence on ne peut poursuivre que pour corruption.
Le problème c'est que la corruption ne se prescrivait du jour du dernier acte de corruption. Lorsqu'on découvrait la corruption elle était prescrite.
Or si on avait cumulé avec l'abus de bien sociaux, sous le rapport de l'ABS il n'y aurait pas eu prescription car la prescription ne court que du jour de la découverte de l'ABS.

La jurisprudence a admis un cumul de qualification corruption et ABS.

Arrêt de 1992 (Carpaye). *L'usage des biens d'une société est nécessairement abusif quand il poursuit un but illicite.*

Dans un arrêt du 11 janvier 1996 : *On avait un restaurant sous forme de SARL. Dans la restauration il y a des caisses noires. A l'instruction il apparaît que 75% de cette caisse noire sert à payer les dépenses personnelles des dirigeants et que 25% de cette caisse noire servent à rémunérer des employés non déclarés de sorte qu'on échappe aux cotisations sociales etc.*
Les poursuites ont été limitées aux 75% qui avaient servi aux dépenses personnelles du dirigeant et la qualification a été exclue pour les 25% qui rémunéraient les salariés clandestins alors que cette rémunération était illicite.

Suite à cet arrêt, on en déduit que **la dépense illicite mais qui avait une contre partie ne peut pas être qualifiée en dépense contraire à l'intérêt de la société.**
On se dit qu'il y a un revirement.

Une affaire antérieure a pu être considérée comme ayant confirmé cette jurisprudence. Dans cette affaire, on voulait faire retirer des impositions particulières.
L'arrêt a été cassé au motif qu'on n'avait pas recherché si la dépense litigieuse n'avait pas constitué une contre partie à la société.
Cet arrêt de 96 n'a pas vécu très longtemps car le 27 octobre 1997 de CARIGNON, la chambre criminelle revient à l'arrêt de 92.

- ⇨ *Quelque soit l'avantage à court terme que peut procurer les fonds sociaux ayant pour seul objet de commettre un délit de corruption est contraire à l'intérêt de cette société car cette dépense expose la personne morale à un risque anormal de sanctions pénales et fiscales et porte atteinte aux crédits et à la réputation de la société*.

La contre partie est annihilée par le risque de sanction pénale et sanction fiscale. ➔ **On supprime la contre partie et on ajoute que cela porte atteinte à la réputation de la société.**

Le 5 mai 2010.

***L'acte a exposé l'actif social à un risque de perte auquel il ne devait pas être exposé.**

<u>Ce motif est retenu quand les dirigeants passent une convention illicite de prêt,</u> cautionnement etc.
Le droit commercial interdit aux sociétés de prêter ou de cautionner les emprunts de ses dirigeants.
Dans ce cas là, le délit pourra être formel.

Cet article peut concerner <u>les conventions règlementées.</u> Pour les conventions passées entre la société et le dirigeant. Elles sont soumises à des formalités particulières et il faut les respecter.

Ce n'est pas interdit, il peut être de l'intérêt de la société d'acheter certains produits. Mais on peut redouter des abus. On peut faire passer de la trésorerie d'une société à une autre.

➔Il faut donc que la convention soit désavantageuse pour la société et très avantageuse pour l'autre société et que le dirigeant ait été conscient de ce déséquilibre. ➔ On ne veut pas qu'il profite de la bonne situation d'une société pour faire remonter de la trésorerie vers une autre société.

La qualification est possible, elle doit être justifiée.

-Hypothèse dans laquelle l'acte reproché a été commis dans le cadre d'un groupe de société.

La méthode de qualification change dans le cadre d'un groupe de société.
Pourquoi ?

La cause du changement de la méthode de qualification est liée à l'organisation économique. Le droit français admet la réalité économique et fiscale des groupes, en revanche, notre droit n'admet pas la réalité juridique du groupe.
Le groupe n'a pas de personnalité morale. ➔ En conséquence dans l'hypothèse d'un groupe, on a une juxtaposition de personnes morales distinctes.

Dans l'hypothèse des groupes, les dirigeants d'une société ont toujours des intérêts dans l'autre société du groupe en capital ou en pouvoir.
Or dans une société simple la qualification d'ABS peut être retenue dès qu'un acte, une dépense porte atteinte au patrimoine d'une société et sert les intérêts personnels directs ou indirects des dirigeants.
Dans l'hypothèse ou une société d'un groupe est florissante et une autre qui a des difficultés financières. Si la première société prêtait de l'argent à une autre société du groupe, le risque de qualification serait grand. En effet il n'est pas de l'intérêt d'une société qui a de la trésorerie de se démunir de sa trésorerie au profit d'une autre société.
L'acte serait contraire, et on pourrait dire qu'il sert aux intérêts personnels du dirigeant.

Si on conservait les modes classiques de qualification, cela pourrait interdire tout concours financier par prêt ou par cautionnement d'une société du groupe à une autre société du groupe.

Or cela serait contraire à la réalité économique du groupe.

Dans l'hypothèse des groupes, **la jurisprudence pénale a changé la méthode de qualification**. Il a été amorcé en 1974 par le tribunal correctionnel de Paris et il a été confirmé en 1985 dans un arrêt « rozenblum ». Arrêt consacrait le changement de méthode.

Selon cet arrêt : *Pour échapper aux prévisions du texte d'incrimination, le concours financier apporté par les dirigeants d'une société à une autre entreprise du même groupe dans laquelle ils ont des intérêts directs ou indirects doit être dicté par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble du groupe et ne doit pas être démunie de contre partie ou rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées, ni excéder les possibilités financières de celles qui en supportent la charge.*

Ce motif a instauré le fait justificatif du groupe.

1ère condition : Le concours financier doit être dicté dans un intérêt économique, social ou financier commun. ➔ Il faut un groupe effectif et réel ayant une véritable politique de groupe.

Ce qu'il faut réalisé c'est que dans cet arrêt le fait justificatif du groupe n'a pas été admis. Ce n'était pas un groupe ayant une politique commune.

Le concours financier ne doit pas être démunie de contre partie, ni rompre l'équilibre respectif des engagements des sociétés du groupe. ➔ Si c'est un prêt pur et simple, il faudra des intérêts ou assortie d'une contre partie.
De plus, le concours financier ne doit pas rompre l'équilibre ➔ Il en faut pas que suite au concours financier la société prêteuse ne puisse plus se développer.

Le concours financier ne doit pas excéder les capacités financières de celles de la société qui consent son concours à une autre société.
➔La société prêteuse ne doit pas emprunter pour prêter à l'autre société.

RQ : Il n'y a pas de décision publiée admettant le fait justificatif du groupe. Il est souvent invoqué, mais les conditions sont strictes et souvent le fait justificatif du groupe n'est pas accordé.

En pratique le fait justificatif du groupe, est très important. En matière d'ABS on passe la plupart du temps par une instruction. Ces défenses débouchent sur une ordonnance de non lieu. C'est une raison pour laquelle on n'a pas de décision publiée admettant le fait justificatif du groupe.

Dans le cadre des groupes, on a des hypothèses de qualification, intervient l'intérêt général du groupe. On remplace l'intérêt d'une société donnée par l'intérêt commun du groupe. Sous le rapport de cette qualification, il y a un cas marginal, c'est l'hypothèse du LBO. (Rachat d'une entreprise par effet de levier).

Dans cette hypothèse, une entreprise va racheter une société cible, et pour que ce rachat soit intéressant, le prix d'achat est totalement emprunté. Les dirigeants de la Holding deviennent dirigeant de la société cible.
On va faire remonter toute la trésorerie de la cible dans la holding pour qu'elle puisse rembourser le prêt. On va la faire remonter par des conventions d'assistance fictive.

Le délit d'ABS sera constitué. Si l'emprunt est remboursé grâce au résultat de la cible. On pourra considérer qu'il n'y a rien à redire…

§2) L'élément intentionnel :

Il est requis fortement par les textes. Ils prévoient que l'acte contraire doit être fait de mauvaise foi à des fins personnelles…

Au regard on exige **un dol général (la mauvaise foi) et un dol spécial marqué.**
En pratique une fois qu'on a qualifié l'acte contraire, l'élément intentionnel n'a pas de rôle spécifique dans la qualification. Il en est ainsi toutes les fois que la dépense litigieuse sert l'intérêt personnel et qu'il n'est pas discutable qu'elle n'a pas une contre partie.

En pratique la double exigence n'a pas le rôle que l'on pourrait penser et la nature de l'intérêt personnel est très largement conçue.
L'intérêt personnel peut être patrimonial mais selon la jurisprudence, il peut aussi être un intérêt moral.

L'intérêt personnel peut être le fait d'avoir des relations avec un homme politique important. Il a pu être considéré que l'élément intentionnel pouvait avoir un rôle inexistant dès lors que la qualification d'acte contraire était possible.

L'élément intentionnel est nécessaire, mais réduit dans certains cas.

Chapitre 2 : Les poursuites.

On peut dire qu'elles appellent certaines observations.

Section 1 : Découverte et prescription.

Pour la découverte, **l'ABS se fait à l'intérieur d'une société.** Elle peut être considérée comme clandestine. Même à l'intérieur, l'abus de biens sociaux ne sortira pas si tout va bien dans la société et si tout le monde s'entend bien.

En pratique pour que l'ABS soit découvert**, il faut un accident.**
Ex : Les affaires de la société qui allaient bien et tout d'un coup, les affaires vont mal. Les actionnaires regardent les comptes et là on a un risque de sortie de l'infraction.

Il y a ensuite **un contrôle fiscal**. Article 40 du CPP.

Il y a aussi l'accident **de changement de dirigeants**. Tout d'un coup, il y a entrée de nouveaux dirigeants. Les nouveaux dirigeants peuvent rechercher si la responsabilité des anciens dirigeants ne peut pas être recherchée pour ABS.

Les accidents variés. ➔ Un cadre a été **licencié** et les indemnités ne sont pas conformes à son espérance et il dénonce ce qui se passe dans la société.
Il peut y avoir **le divorce des dirigeants.**

*La prescription :

L'ABS est un délit instantané. Ce délit peut être répété. La prescription ne courra au jour du dernier acte.
L'ABS étant une infraction voisine de l'ABC. La prescription est retardée au jour ou le délit a été découvert dans des conditions permettant la mise en mouvement de l'action publique. Il faut qu'il soit découvert soit par le parquet, soit connu par des actionnaires.

De la sorte le point de départ a pu être retardé.
La chambre criminelle dans les années 97, est venue donner un coup de frein. Elle déclare que lorsque la dépense sociale figurait dans les comptes qui avaient été publiés et préalablement présentés aux actionnaires, **la prescription courrait sauf dissimulation du jour de la présentation des comptes aux actionnaires ou du jour de leurs publications.**

La jurisprudence a précisé que si la dépense a été litigieuse, passée au bon poste comptable, qu'il n'y a pas eu d'irrégularité, on pourra commencer à prescrire dès la publication des comptes. Si en revanche, elle n'a pas été passé au bon poste comptable, il y aura eu dissimulation au regard des exigences de la comptabilité de sorte que la prescription ne courra que lorsqu'on aura découvert l'irrégularité.
On a eu un coup de frein à la jurisprudence.
A partir des années 2002, dans l'ensemble et en pratique, la tendance est à revenir à un point de départ de la prescription, au jour ou on a découvert le caractère irrégulier de la dépense litigieuse.

C'est la raison pour laquelle dans l'avant projet du CPP, on envisage de modifier les règles de prescription.

Section 2 : Mise en mouvement des poursuites.

Il peut s'agir des pouvoirs publics.

Les personnes recevables : Il y a aucun doute qu'est recevable à se constituer partie civile, **la société victime.** L'action pénale pour ABS va pouvoir se développer par la voie d'une action sociale. L'action sociale est en principe exercée par les dirigeants au nom de la société.
L'ABS sera engagé au nom de la société dans son ensemble.
Si les dirigeants peuvent exercer l'action sociale en réparation et ils peuvent ne pas avoir envi de l'engager car ils sont auteurs du délit.

- ⇨ **Dans ce cas là, des actionnaires pourront exercer au nom de la société et dans l'intérêt de la société l'action sociale « ut singuli » qui n'aurait pas été exercée par les dirigeants.**

Arrêt de novembre 2009. En dépit de l'action sociale ut universi cela n'empêche pas les actionnaires d'exercer l'action ut singuli.

Pour les actionnaires qui veulent des dommages et intérêts pour préjudice personnel. **Jusqu'en 62 on a dit que c'était impossible.**
L'intérêt se confond avec celui de la société.

Ensuite à partir de 62 jusqu'en 2000, changement. **Les actionnaires peuvent se constituer partie civile**. Cette possibilité a donné lieu à beaucoup d'abus.

Revirement de jurisprudence : On revient à la solution de 62, les actionnaires ne sont pas recevables à faire une action pour préjudice à titre personnel. Leur intérêt se confond avec celui de la société. **Leur préjudice n'est pas personnel et direct.**

Le 10 mai 2010.

Titre 2 : Les délits de banqueroute qui sanctionne les atteintes aux droits des créanciers d'une entreprise en difficulté.

Lorsqu'une entreprise a des difficultés, les dirigeants veulent de l'argent frais. Les dirigeants veulent s'accaparer ce qu'il reste dans l'entreprise dans leur intérêt personnel.

Pour éviter les faillites en cascade, on a un droit pénal des entreprises en difficulté.
Titre 4 du code de commerce, dans le chapitre pénal.

Le code règle aussi des questions de procédure. **Article 654-1 et suivant du code de commerce.**

Article L654-1 *[En savoir plus]*

Les dispositions de la présente section sont applicables :
1° A toute personne exerçant une activité commerciale ou artisanale, à tout agriculteur et à toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé ;
2° A toute personne qui a, directement ou indirectement, en droit ou en fait, dirigé ou liquidé une personne morale de droit privé ;
3° Aux personnes physiques représentants permanents de personnes morales dirigeants des personnes morales définies au 2° ci-dessus.

S'agissant des infractions, on a les banqueroutes et les infractions voisines. Elles peuvent concerner les organes de la procédure collective.

Chapitre préliminaire : Evolution législative de la banqueroute.

Le terme de banqueroute vient de l'italien *« banquarota ou banquaroto ».* Dans l'ancien droit les commerçants en faillite voyait leur banc des commerçants cassés en place public.
La faillite était considérée comme très grave et exposait l'auteur à la peine de mort ou travaux forcés.

Des sanctions pénales sévères à l'encontre d'un commerçant n'est pas une bonne chose, car le commerçant va lever le pied, récupérer ce qu'il peut et disparaître dans la nature.

1ère étape : Sous la première loi de 1967 sur le règlement et la liquidation judiciaire, les banqueroutes se caractérisaient pas trois traits :

-Elle demeurait très sévère, jusqu'à 7 ans d'emprisonnement.

-La matière des délits était une matière qui constituait un véritable maquis. Les cas de banqueroutes étaient nombreux en pratique. Plus de 27 cas de banqueroutes. A l'intérieur de ces cas on faisait des distinctions.
Ex : On distinguait entre la banqueroute frauduleuse et la banqueroute simple.
Ex : la banqueroute facultative et obligatoire.
Dans la banqueroute proprement dite, **c'est le commerçant personne physique qui est auteur du délit.** Dans les délits assimilés, **c'est le dirigeant personne physique, d'une personne morale qui a été soumise à une procédure collective qui va être auteur du délit.**

-Le juge pénal saisit de fait de banqueroute pouvait l'être **alors qu'aucune procédure collective n'avait été ouverte contre celui auquel on reprochait un fait de banqueroute**. Il n'était pas besoin d'avoir été soumis à une procédure collective. C'est donc le juge pénal de la banqueroute qui appréciait la cessation des paiements et il l'appréciait selon des critères qui n'étaient par forcément ceux du juge de commerce. ➔ *On avait des jurisprudences contraires.*

On a considéré que ce système juridique avait pour conséquence qu'on pouvait être condamné pour banqueroute alors qu'on était en état de cessation des paiements sans ouverture de procédure.

Le législateur a entrepris de mettre fin à ces possibilités.

Loi du 25 janvier 1985 sur le redressement et la liquidation judiciaire. Elle a d'abord simplifié la matière. Elle a simplifié la matière, elle a réduit notablement les cas de banqueroute, il n'y a plus que 24 séries de cas de banqueroute, il y a eu une dépénalisation. *(Dépénalisation relative en ce que les cas de banqueroute qui ont été dépénalisés peuvent être sanctionnés par l'interdiction de gérer ou la faillite personnelle).*

La loi de 1985, étant donné les inconvénients qu'avaient la faillite personnelle, a modifié les conditions de poursuites.
Depuis 1985, des poursuites pénales pour banqueroutes ne peuvent être mise en œuvre que s'il y a préalablement l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou liquidation judiciaire.

Les lois postérieures : On a une extension des personnes pouvant être soumises à des procédures collectives (profession libérale).
Les textes d'incriminations sont 654-1 et 654-2 du code du commerce.

Article L654-2 [En savoir plus]

En cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, sont coupables de banqueroute les personnes mentionnées à l'article L. 654-1 contre lesquelles a été relevé l'un des faits ci-après : 1° Avoir, dans l'intention d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, soit fait des achats en vue d'une revente au-dessous du cours, soit employé des moyens ruineux pour se procurer des fonds ; 2° Avoir détourné ou dissimulé tout ou partie de l'actif du débiteur ; 3° Avoir frauduleusement augmenté le passif du débiteur ; 4° Avoir tenu une comptabilité fictive ou fait disparaître des documents comptables de l'entreprise ou de la personne morale ou s'être abstenu de tenir toute comptabilité lorsque les textes applicables en font obligation ; 5° Avoir tenu une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions légales.

Chapitre 1 : Les composantes du délit.

Les composantes peuvent être dissociées entre les conditions préalables et les éléments proprement constitutifs.

§1) Les conditions préalables.

Seules les personnes mentionnées à 654-1 peuvent être poursuivit pour banqueroute. On regarde la qualité de l'auteur.

L'article 654-2 du code de commerce issu de la loi de 1985 précise ➔ En cas d'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire.

La condition préalable personnelle :

La qualité est requise que pour l'auteur du délit et non pas pour le complice.
La qualité donne lieu à une énumération qui comporte plusieurs parties. Peuvent être auteur du délit :
-**Les commerçants, artisans, agriculteurs et professionnels indépendants.** (Personnes qui peuvent être soumise à une procédure collective.)

Pour les commerçants, elles doivent exercer dans le commerce, se livrer à des actes de commerce et doivent en faire leur profession. Cette qualité de commerçant sera aujourd'hui en pratique établit par le jugement d'ouverture de la procédure collective.
Il faut qu'elle soit remplie.
On peut avoir le cas d'une personne qui aurait exercé le commerce alors que cela lui était interdit. (ex : le notaire).
➔Un notaire ne peut pas être notaire et commerçant. **S'il se livre à une activité commerciale, en dépit de l'incompatibilité, il pourra être soumis à une banqueroute.**

Pour les incapacités d'exercer le commerce, **on a les mineurs et les majeurs protégés**. Il y a une incapacité de faire des actes de commerce, la qualité préalable de commerçant ne peut pas être remplie.

Pour les agriculteurs, artisans et professionnels indépendants. Le visa tient à ce que depuis les lois de 1985 et ultérieurs, ➔ces personnes peuvent être soumises à une procédure collective. S'agissant des artisans, il peut s'agir des artisans immatriculés au registre des métiers et ceux qui sont artisans de fait.

En ce qui concerne les professionnels indépendants, ce peut être **des avocats, des huissiers, des experts comptables**, etc.

La deuxième catégorie concerne **les dirigeants de personnes morales de droit privé.** Ces dirigeants dirigent les sociétés commerciales qui peuvent se trouver en état de cessation des paiements et donc être soumis à la banqueroute.

Pour que la personne morale soumise à la procédure collective soit une personne morale dont le dirigeant puisse être inquiété, **il faut que ce soit une personne morale de droit privé**. Les dirigeants de personnes morales de droit public, ne peuvent pas être auteur principal d'un délit de banqueroute.

En revanche, au cas de partenariat public, privé, on a recourt à la constitution d'une société d'économie mixte locale, on a les SA ou les SARL. **Les dirigeants des sociétés d'économie mixte peuvent eux être inquiétés pour banqueroute.**

Jusqu'en 2005, on exigeait que **la personne morale de droit privé dont le dirigeant a commis un fait de banqueroute ait une activité économique.**
Des associations qui peuvent être soumises à une procédure collective ne pouvaient avoir des dirigeants envoyés en correctionnel pour banqueroute car pas d'activité économique.

➔**Depuis 2005 on a supprimé la condition d'activité économique pour une harmonisation de droit.**
Pour que le dirigeant puisse être auteur principal, il faut qu'il ait la qualité de dirigeant, dirigeant de droit selon la forme sociale de la personne morale, mais il peut s'agir des dirigeants de fait, mais il faudra que **les juges établissent qu'on peut leur établir la qualité de fait, on examinera la situation. La jurisprudence utilisera la méthode de faisceau d'indice.**

<u>La troisième catégorie de personne :</u> les personnes physiques « représentant permanent » de personne morale de droit privé qui seraient dirigeants d'une autre personne morale de droit privé.

Les articles 225-20 et suivant prévoit qu'une personne morale peut être nommée dirigeant d'une autre personne morale.
Toutefois dans ce cas, les textes prévoient également que **la personne morale dirigeant d'une autre personne morale doit désigner un représentant permanent personne physique qui encourt les mêmes responsabilités civiles et pénales que s'il était administrateur en nom propre.**

Le troisième visa s'explique par les prévisions du code de commerce.

Pour la complicité, <u>l'exigence d'une certaine qualité ne peut jamais être requise pour les complices.</u>

<u>§2) La condition préalable d'ouverture d'une procédure collective.</u>

Cette deuxième condition préalable tient à ce que depuis la loi de 1985, précise dans <u>l'article L654-2 qu'il faut une ouverture d'une procédure collective.</u>
Cette condition préalable est issue de la loi de 85 qui a voulu supprimer la faillite personnelle. **Cela suppose l'ouverture d'une procédure de redressement ou liquidation judiciaire.** L'ouverture de sauvegarde ne peut pas remplir la condition préalable.

Dans la procédure de sauvegarde, pas d'état de cessation des paiements.

Le législateur a voulu supprimer la faillite personnelle. La jurisprudence pénale à réduit la condition d'ouverture d'une procédure à une condition procédurale de forme.

<u>*Le rôle de la cessation des paiements :</u>

Le rôle de la cessation des paiements ne peut être contesté pour une considération générale. De façon générale, il n'entre pas dans la vocation du droit pénal de protéger les créanciers. Ces créanciers ont l'arsenal judiciaire civil quand le contrat donne lieu à des irrégularités d'exécution. **Lorsqu'on est dans l'hypothèse d'une cessation des paiements, l'intervention du droit pénal pour protéger les créanciers se comprend car dans ce cas là, l'ordre public économique et financier est en cause.**

➔La cessation des paiements est une justification de la pénalisation.

Dans la mesure où on considère que la condition préalable cerne le champ de la répression, **la cessation des paiements est une condition préalable.**
Mais condition préalable laisse penser qu'elle doit être remplie avant les éléments constitutifs. Or pour la banqueroute ce n'est pas forcément vrai.
Les faits de banqueroute peuvent être soit antérieurs, soit postérieure à la cessation des paiements.
La condition de cessation des paiements est une condition fondamentale, or la cessation des paiements doit être constatée lors de la procédure collective. La cessation des paiements pouvant être considéré comme une condition de fonds, on peut penser que la condition d'ouverture d'une procédure collective serait elle aussi traité par le juge pénale comme une condition de fond de la qualification.
En réalité tel n'a pas été le cas. La jurisprudence a réduit la condition d'ouverture d'une procédure collective à une condition procédurale.

On a deux raisons :

-la condition d'ouverture d'une procédure collective n'est qu'une condition de mise en mouvement de l'action publique pour banqueroute. Solution affirmée par la jurisprudence dès le lendemain de la loi de 1985.

En effet, au lendemain de la loi de 1985, il se trouvait qu'il y avait des personnes qui avaient été poursuivies pour banqueroute alors qu'il n'y avait pas eu ouverture d'une procédure collective. Ces personnes poursuivies et condamnées ont fait valoir en appel que désormais depuis la loi de 1985, on a une loi pénale nouvelle plus douce.

Ce système de défense a été considéré comme inopérant. **L'ouverture d'une procédure collective est une condition préalable à l'exercice de l'action publique,** c'est une règle de procédure qui ne saurait avoir d'effet sur les poursuites régulièrement engagées avant la loi de 1985.

La condition d'ouverture peut être considérée comme une question préjudicielle à l'action.

En matière de question préjudicielle, on a les questions préjudicielles au jugement et celles à l'action. Pour la question préjudicielle au jugement, on a un procès pénal en cours et la personne poursuivie fait valoir une exception de défense que ne peut pas tranché le juge pénal et qui peut être tranché que par le juge civil.

Si on soulève l'exception de propriété, et si elle est immobilière, elle doit être visée par le juge civile car il y a une compétence exclusive civile pour la propriété immobilière.
Le juge pénal est obligé de sursoir à statuer, attendre que le juge civile vise l'exception et qu'il reprenne l'action pénal.

Cela empêche la saisine du juge pénal tant que n'a pas été tranché la question extra pénale, par un juge autre que pénal.

Il existe très peu de question préjudicielle à l'action. Il peut en exister dans l'hypothèse d'un crime de suppression d'état civil.
Ex : Les substitutions d'enfants dans une maternité.

Le caractère purement procédural a été poussé plus loin dans un arrêt de 2004. *La chambre criminelle a considéré qu'une procédure pour banqueroute avait été valablement formée alors que le jugement d'ouverture de la procédure collective ne pouvait pas être exécuté.*

La condition d'ouverture d'une procédure collective n'empêche pas le juge pénal de modifier la date de cessation des paiements qu'avait fixée le juge civil ou commercial de la procédure collective.

La chambre criminelle est venue déclarer que *le juge répressif de la banqueroute a le pouvoir en tenant compte des éléments soumis à son appréciation de retenir une date de cessation des paiements autre que celles fixées par la juridiction consulaire.*
Cette jurisprudence a fait couler beaucoup d'encre. Sous le rapport de la méconnaissance de l'esprit de la loi les critiques sont fondées. Sont-elles excessives ?

Dans les affaires ou le juge pénal a retenu une date de cessation des paiements, il s'est fondé sur les éléments du dossier et n'a pas adopté une notion de cessation des paiements distincte de la notion de cessation des paiements du droit pénal.

Les préoccupations du juge pénal ou juge civil dans la date de cessation des paiements ne sont pas les mêmes.
<u>Dans le cadre des procédures collective, la date peut être fixée pour réduire les nullités de la période suspecte, pour gérer la procédure collective.</u>

<u>Pour le juge pénal ce qui importe c'est de savoir si le commerçant a commis un des fait frauduleux constitutif du délit.</u>

Si on regarde la jurisprudence qui a changé la date de cessation des paiements, l'a toujours fait pour la remonter dans le temps. A l'examen on s 'aperçoit que de la sorte le juge pénal a pu trancher un conflit de qualification qui oppose la qualification de banqueroute et la qualification d 'abus de biens sociaux.

<u>§3) Les éléments constitutifs.</u>

A) <u>L'élément matériel.</u>

Il suppose la condition d'un des faits de banqueroute **selon 654-2 du code du commerce. Il prévoit 5 faits ou série de fait**s qui peuvent être regroupé en 4.

-L'achat en vue de revendre au dessous du cours ou l'emploi de moyens ruineux pour se procurer des fonds.
L'agent entreprend de se procurer des fonds pour retarder l'ouverture de la procédure collective. Selon 654-2 1° **les deux premiers faits doivent avoir été commis en vue de retarder ou d'éviter l'ouverture de la procédure collective et donc la constatation de l'état de cessation de paiement**. Ils peuvent être pénalement sanctionnés car ils ne font qu'aggraver le passif existant.

En pratique ce cas de banqueroute consiste à acheter d'importantes quantités de marchandises, payables à terme et on la revend immédiatement à un prix inférieur ou très inférieur à celui auquel on l'a acheté de façon à faire entrer de l'argent frais, mais il en demeure que les dettes subsistes et qu'il va falloir payer la marchandise achetée et comme on l'a bradée, on ne peut pas la payer.

L'achat suffit, il n'y a pas besoin de revente effective en dessous du cours, la preuve de la commission sera quand même difficile.
S'il y a eu revente, il faut que la revente ait eu lieu au dessous du cours, du prix normal de la marchandise.
Dans ce cas le délit de banqueroute peut être proche du délit de revente à perte.

La banqueroute et le délit de revente à perte se distingue par l'élément intentionnel. Dans la revente à perte, l'auteur du délit n'est pas en état de cessation des paiements et ne va pas retarder la constatation.

En vue de retarder ou d'éviter a aussi pour conséquence que **le délit de banqueroute ne peut pas être constitué si la revente en dessous du cours a été périssable ou s'il y a eu une baisse brutale des cours après l'achat.**

-Le recours à des moyens ruineux pour se procurer des fonds. Le commerçant est pré cessation des paiements et il va rechercher de la trésorerie.
Il y a aura emploi de moyen ruineux toutes les fois ou le commerçant veut se procurer de l'argent pour retarder la constatation de cessation des paiements, mais à des conditions ruineuses pour lui. Pour que la recherche de trésorerie puisse être constitutive, il faut que les juges établissement que les fonds obtenues l'ait été à des conditions ruineuses.
En pratique, la doctrine et la jurisprudence distingue entre les moyens nécessairement ruineux (recours à des emprunts à des taux usuraires).

A coté de ces moyens, il peut y avoir des moyens ruineux. Dans ce cas là, pour apprécier si le moyen est ruineux, on procède par comparaison.

Un emprunt à un taux d'intérêt non usuraire, pourra être constitutif de banqueroute. Il a été jugé que l'affacturage à un taux normal peut être un moyen ruineux.

Sous ce rapport, l'appréciation du caractère ruineux ne va pas sans aléa. Le procès en banqueroute va se développer un an, deux ans, ou trois ans après les faits reprochés. Il faut se livrer à une analyse rétrospective.

Si on emprunte à un taux normal, le délit ne peut pas être constitué car ce n'est pas un moyen ruineux. On ajoutera que les fonds que se procurent les entrepreneurs sont souvent fournis par les banquiers.
Par voie de conséquence il n'est pas exclu que le banquier qui a fait un prêt à un de ses clients, puisse être inquiété pour banqueroute. Cela suppose ➔qu'il ait connu la situation obéré dans laquelle se trouvait le client, et qu'en dépit de cette connaissance, il lui ait fait ce prêt. Cela va souvent avec une immixtion dans la gestion.
Pour les banquiers cette possibilité est redoutable car les banquiers ont toujours de l'argent, de sorte que dans les poursuites, on veut mettre en cause le banquier pour récupérer ce qui avait été détourné.

Le 26 mai 2010.

*Le détournement ou la dissimulation d'actif du débiteur.

Le détournement ou la dissimulation d'actif ont pour effet **de réduire l'actif du patrimoine du débiteur**. ➔ Ces deux agissements peuvent s'enchaîner.

Le Détournement d'actif consiste à détourner des biens entrant dans l'actif du débiteur ou de l'entité soumise à une procédure collective.

Qui peut être l'auteur ?
En droit pur un détournement d'actif ne peut pas être reproché au débiteur personne physique car on ne peut pas détourner son propre actif.
Par voie de conséquence, **la banqueroute par détournement d'actif peut être le fait que de dirigeants de personnes morales de droit privé.**
Il ne peut pas être le fait d'un commerçant personne physique, (on ne peut pas détourner son propre actif).

Cette observation n'est pas dépourvu de pertinence car à l'examen de jurisprudence, il apparaît que les personnes poursuivit pour détournement d'actif sont toujours des dirigeants de personnes morales de droit privé.

Cette précision concerne l'élément d'actif qui va être l'objet du détournement. Le bien objet du détournement doit être un **bien corporel ou incorporel entrant dans l'actif du débiteur.**
En conséquence, ne peuvent pas constituer un détournement d'actif la résiliation d'un bail par exemple.

En principe on ne devrait pas admettre le détournement d'actif au regard de biens grevés d'une clause de réserve de propriété.

Si un bien est grevé d'une clause de réserve de propriété, c'est que le débiteur n'en est pas propriétaire.

S'agissant des biens grevés d'une clause grevée d'une réserve de propriété, les règles comptables et fiscales, ont prévu que **dans le bilan on doit avoir une ligne particulière sur les biens assorties d'une clause de propriété.**

La chambre criminelle admet que le détournement d'actif **peut porter sur un bien grevé d'une clause de propriété.**

Quelles sont ses modalités possibles ?

On a les modalités classiques ➔ On s'approprie un bien entrant dans l'actif, s'approprier les biens d'un client, ce détournement est souvent le fait des dirigeants d'une personne morale de droit privé, il peut se commettre par tous les agissements constitutifs d'un ABS.

Toutefois, dans l'ABS, on peut avoir un délit d'abus de pouvoir sociaux. **Le détournement constitutif de banqueroute ne peut pas se commettre par abstention.** ➔Le fait de ne pas faire rentrer de l'argent que l'on doit, ne peut pas constituer le délit.

Cette question intervient aussi lorsqu'on cherche à quel moment doit avoir été accompli le détournement pour être constitutif d'un fait de banqueroute.

A cet égard, il y a eu un désordre jurisprudentiel.

S'agissant du moment, pendant un temps, **la jurisprudence a posé que le détournement constitutif de banqueroute pouvait être soit antérieur soit postérieur à la cessation des paiements.**

Par la suite, une autre jurisprudence précise que pour retenir la qualification de banqueroute, il fallait que **le détournement soit postérieur à la cessation des paiements**. Cela signifie que le moment du détournement apprécié par rapport à la cessation des paiements peut avoir un rôle déterminant dans le conflit de qualification qui peut opposer la banqueroute à l'ABS.

Cette identité entre l'ABS et la banqueroute a conduit certains juges à retenir en cumul de qualification, à l'encontre du dirigeant poursuivit.

A la suite de la seconde jurisprudence, et selon laquelle le détournement devait être postérieur, **la possibilité de cumul de qualification n'est plus possible.**

Le problème de qualification se pose en termes de conflit de qualification, il faut retenir soit une qualification soit l'autre mais pas les deux.

En pratique, il ressort de la jurisprudence que si le détournement est antérieur à la cessation des paiements, cela signifie que la société est in bonis. **La qualification à retenir est orthodoxe et la qualification est d'ABS.**
En revanche, si le détournement est postérieur à la cessation des paiements, la société est en cessation des paiements, de sorte que <u>la condition préalable de la banqueroute est remplie, et la qualification à retenir est celle de la banqueroute.</u>

C'est un critère temporel.

Il y a une jurisprudence constante selon laquelle un détournement antérieur à la cessation des paiements, mais qui a provoqué par son importance la cessation des paiements pourra être qualifié de banqueroute.

<u>En droit les intérêts sont importants car :</u>

-ABS et banqueroute n'obéissent pas aux mêmes règles de prescription.

Les personnes pouvant se constituer partie civile et initier les poursuites ne sont pas les mêmes dans l'ABS et dans la banqueroute.

Enfin les moyens de défense ne sont pas identiques dans les deux infractions.

Un des moyens de défense dans l'ABS ➔ c'est le fait justificatif du groupe. **Cette défense par le fait justificatif du groupe n'est pas possible dans le cadre des poursuites pour banqueroute.**

Une des conditions essentielles est que le montant d'aide ne doit pas dépasser les capacités financière de l'entreprise.
Or là, le fait justificatif du groupe ne peut pas fonctionner dans le cas d'une banqueroute car la société est en cessation des paiements.

Si les premiers juges se trompent et qualifient banqueroute alors qu'ils doivent qualifier ABS, dans le cadre d'un pourvoi, va-t-on obtenir la cassation de l'arrêt ?
La réponse juridique de principe c'est qu'on devrait obtenir la cassation à tous les coups.

Toutefois, il existe une théorie particulière, qui est **la théorie de la peine justifiée.**

Il y a eu erreur de qualification par les premiers juges. Par la théorie de la peine justifiée, on n'aura pas cassation dès lors que la peine prononcée par les premiers juges n'est pas plus élevée que celle prévue si on avait justement qualifié.

Depuis 2009, la chambre criminelle en présence d'erreurs de qualification entre banqueroute et ABS ne casse pas nécessairement et fait jouer la théorie de la peine justifiée.

*Le détournement d'actif peut être suivit **d'une dissimulation d'actif**. ➔ Elle consiste à cacher un élément d'actif.
La dissimulation d'actif s'apparente à une soustraction. Il y aura dissimulation d 'actif si on dissimule une rentrée d'argent en déposant les sommes sur le compte de sa femme ouvert à l'étranger.

***L'augmentation frauduleuse du passif :**
En pratique ce cas de banqueroute correspond à celui dans lequel <u>l'agent se reconnaît faussement débiteur de somme qu'il ne doit pas.</u>
Il se réserve des avoirs au détriment des créanciers véritables.

Ce cas d'augmentation frauduleuse du passif peut présenter des parentés avec le délit d'organisation frauduleuse d'insolvabilité.

Certains auteurs ont dit qu'on avait déjà un délit général donc ca ne servait à rien. ➔ Mais cela n'a pas d'identité entre les deux infractions.

L'augmentation frauduleuse du passif va se faire au détriment des créanciers qui le sont généralement à la suite d'un contrat. Ce sont les dettes contractuelles qui sont en cause.
Le délit ne peut être constitué que si on peut échapper aux dettes délictuelles ou quasi délictuelles.

***Les banqueroutes pour manquement aux obligations comptables.**

-Pour liquider la procédure collective, il faut connaître sa situation comptable et financière.
Le règlement de la procédure collective sera très difficile ou compromis si on ne connaît pas la situation comptable de l'entreprise.

Le manquement aux obligations comptables et financière permet de maquiller la situation financière de l'entreprise et de masquer la cessation des paiements ou l'état de l'entreprise.

C'est la raison pour laquelle <u>les manquements peuvent être constitutif de fait de banqueroute.</u>

Il peut y avoir manquement par la tenue d'une comptabilité fictive. Ce fait peut être connu dès qu'on passe des opérations fictives, des fausses ventes.
La fictivité de l'opération doit mettre en cause la situation financière de la société.

On peut aussi avoir un manquement dès lors qu'on tient une comptabilité incomplète ou en faisant disparaître les éléments comptables, ou en cas d'absence totale ou quasi-totale de comptabilité.

B) <u>L'élément intentionnel</u>

Il faut que l'agent **ait conscience de l'état de cessation des paiements.** En pratique sauf exception, il peut y avoir des moyens de défenses.
Comme c'est un délit, il faut un dol spécial.

Le rôle du dol spécial dans la qualification peut varier avec les faits constitutifs de banqueroute.

Par exemple, les deux premiers faits constitutifs de banqueroute, achat en vue de revendre ou recours à des moyens ruineux, **il doit être commis pour retarder la constatation de la cessation des paiements.** ➔ C'est le dol spécial, on peut le combattre en disant par exemple que les marchandises sont périssables.

Pour les autres, on doit prouver que les faits portent atteinte aux intérêts de la société.

§4) Les poursuites et la répression.

A) La prescription.

Dans les textes du code de commerce figurant sous la rubrique du délit de banqueroute, on a un paragraphe sur les questions de procédure. **La question de la prescription de la banqueroute c'est un texte 654-16 du code de commerce.**

« Pour l'application des dispositions des sections 1 et 2 du présent chapitre, la prescription de l'action publique ne court que du jour du jugement ouvrant la procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire lorsque les faits incriminés sont apparus avant cette date. »

Il prévoit que lorsque les faits constitutifs de banqueroute sont antérieurs au jugement d'ouverture, la prescription ne commence à courir **que du jour du jugement ouvrant la procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire**

Le texte ne dit rien pour le cas ou les faits constitutifs sont postérieurs au jugement d'ouverture.

La solution de principe **c'est que la prescription devrait courir du jour de la commission de ce fait.** Toutefois étant donné la parenté qui peut exister entre l'ABS et la banqueroute, la tendance doctrinale est à considérer que pour les faits postérieurs, **la prescription ne devait commencer à courir que du jour ou on a découvert.**

B) La mise en mouvement des poursuites.

On a des dispositions légales. **Pour les parties privées 654-17 du code de commerce.**

La juridiction répressive est saisie soit sur la poursuite du ministère public, soit sur constitution de partie civile de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du représentant des salariés, du commissaire à l'exécution du plan, du liquidateur ou de la majorité des créanciers nommés contrôleurs agissant dans l'intérêt collectif des créanciers lorsque le mandataire de justice ayant qualité pour agir n'a pas agi, après une mise en demeure restée sans suite dans un délai et des conditions fixés par décret en Conseil d'Etat.

Cet article dispose que la juridiction répressive est saisie soit sur la poursuite du ministère public, soit sur constitution de partie civile des organes de la procédure. L'article énumère : **le mandataire judiciaire, le représentant des salariés, le commissaire à l'exécution du plan, le liquidateur, mais aussi la majorité des créanciers nommés contrôleurs agissant dans l'intérêt collectif des créanciers**, quand le mandataire de justice ayant qualité pour agir ne l'a pas fait après mise en demeure rester infructueuse.

Un créancier agissant individuellement et personnellement ne peut pas saisir la juridiction répressive par constitution initiale. Il ne figure pas dans la liste et que l'article en question précise que la juridiction répressive est saisie.

Un créancier son préjudice c'est le « non paiement de sa créance ». S'il pouvait saisir le juge, il pourrait obtenir un paiement privilégié. C'est la raison pour laquelle un créancier agissant individuellement ne peut pas personnellement se constituer partie civile. Il faut que cela profite à tous les créanciers.

Un créancier peut se constituer partie civile par voie d'intervention. ➔ Si les poursuites ont été initiée soit par le parquet, soit par les organes visées par le texte, un créancier agissant individuellement pourra se constituer partie civile.
Mais pourra t-il demander réparation du préjudice ? La réponse est « non ».

Il peut demander réparation d'un préjudice particulier distinct du préjudice subi par le non paiement de sa créance, du fait de l'agissement du prévenu.
Ce préjudice peut être moral.

Peut aussi se constituer partie civile dans l'hypothèse d'un fait de banqueroute commis par un dirigeant d'une personne morale de droit privé, qui aurait détourner un actif de la personne morale, dans ce cas là, **la personne morale débitrice peut se constituer partie civile contre ce dernier et on aura l'action sociale ut universi et l'action sociale ut singuli.**

Les complices sont souvent très recherchés car au regard des complices, les limitations n'ont pas lieu.

La répression : On a des peines principales prévues par les textes :

On peut avoir des peines complémentaires et que les banqueroutiers peuvent être condamnés aux peines particulières **des faillites personnelles et l'interdiction de gérer.**

Titre 3 : Les délits boursiers.

La bourse est un lieu privilégié de spéculation. La bourse est le temple du capitalisme. Il est à noter que certaines spéculations peuvent déstabiliser l'ordre public, économique et boursier. La question a commencé à être règlementée à partir de 1967.

La réglementation du marché boursier a été mise en place par la Commission des opérations boursières car la COB a été copié.
Depuis 1935 existait un organe de contrôle. **Et on a crée en 1967 la COB**. C'est devenu l'autorité des marchés financiers (AMF).

Les pouvoirs de ces autorités administratives sont très importants. **L'AMF édite les règlements boursiers et financiers**. Ces organismes établissent les textes dont elles demandent le respect. Ce sont aussi les gendarmes de la bourse car elle surveille la régularité des marchés boursiers et cette surveillance est assortie de pouvoirs d'enquête.

L'AMF comme la COB a un pouvoir sanctionnateur. Elle peut sanctionner par des sanctions pécuniaires très élevées.
Ces sanctions peuvent aller de paire avec des poursuites et des sanctions pénales. En effet certains agissements constitutifs d'un manquement aux règlements de l'AMF peuvent cumulativement être constitutifs d'infractions pénales relevant des juridictions répressives. On peut avoir un cumul de poursuites.

Peut-on avoir un cumul de sanction pécuniaire ?

On ne pourra cumuler que dans la limite du maximum légal. Il y a donc en matière d'infraction boursière une possibilité de cumul de sanction.

La première catégorie, c'est celle des délits boursiers.

Chapitre 1 : Les délits des initiés en bourses

Dans la spéculation boursière, le fait d'avoir des informations avant les autres peut être un facteur avant les autres.
La bourse ne fonctionne que sur des informations.

Ex : Les roldchild Londres. Elle annonce à la city bourse de Londres, que la bataille de Waterloo est une horrible défaite pour l'Angleterre.
La notion d'information dans la spéculation boursière a un rôle important.

Ce délit a été instauré en 1970. Il a fait l'objet de multiples modifications car la réglementation des marchés boursiers est allée en se sophistiquant, de sorte que le texte d'incrimination actuel qui est une compilation des textes successifs pris pour appréhender le délit d'initié.
Le texte actuel **Article L465-1 du code monétaire et financier.**

Est puni d'une amende de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 2 millions de francs. Le fait par les dirigeants mentionnés à 225-108 du code de commerce, d'informations privilégiées sur les perspectives …

Dans les agissements pénalement répréhensible, **il y a le fait pour les initiés de réaliser une opération d'initié, réaliser une opération, mais aussi le fait de permettre sciemment à un tiers de réaliser une opération d'initié.**

Le fait de communiquer une information privilégiée, et aussi le fait de révéler une information privilégié.
Quant on est initié on ne doit pas parler.

Pour étudier ce délit de l'article 465-1, il faut distinguer entre les composantes, les poursuites et la répression.

Article L465-1

En vigueur depuis le 27 Juillet 2005

Modifié par Loi n°2005-842 du 26 juillet 2005 - art. 30 () JORF 27 juillet 2005.

Est puni de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 1 500 000 euros dont le montant peut être porté au-delà de ce chiffre, jusqu'au décuple du montant du profit éventuellement réalisé, sans que l'amende puisse être inférieure à ce même profit, le fait, pour les dirigeants d'une société mentionnée à l'article L. 225-109 du code de commerce , et pour les personnes disposant, à l'occasion de l'exercice de leur profession ou de leurs fonctions, d'informations privilégiées sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé, de réaliser ou de permettre de réaliser, soit directement, soit par personne interposée, une ou plusieurs opérations avant que le public ait connaissance de ces informations.

Est puni d'un an d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende le fait, pour toute personne disposant dans l'exercice de sa profession ou de ses fonctions d'une information privilégiée sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé, de la communiquer à un tiers en dehors du cadre normal de sa profession ou de ses fonctions.

Est puni d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 150 000 euros dont le montant peut être porté au-delà de ce chiffre, jusqu'au décuple du montant du profit réalisé, sans que l'amende puisse être inférieure à ce même profit, le fait pour toute

personne autre que celles visées aux deux alinéas précédents, possédant en connaissance de cause des informations privilégiées sur la situation ou les perspectives d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé, de réaliser ou de permettre de réaliser, directement ou indirectement, une opération ou de communiquer à un tiers ces informations, avant que le public en ait connaissance. Lorsque les informations en cause concernent la commission d'un crime ou d'un délit, les peines encourues sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 1 500 000 euros si le montant des profits réalisés est inférieur à ce chiffre.

Section 1 : Les composantes de la qualification.

Elles peuvent être réparties en deux catégories.

§1) Les conditions préalables.

On considère qu'elles sont deux :

-L'auteur du délit doit avoir la qualité d'initié
-Il doit avoir disposé d'une information privilégiée, une information que n'a pas le public.

Cette dissociation ne va pas sans limites.
C'est le fait de détenir une information privilégié qui rend un initié. Cette distinction entre les deux sortes de conditions préalables est justifiée en dépit de cette réserve car la façon de devenir initié peut varier, or ces variations ont des incidences sur la qualification et sur la répression.

A) La qualité d'initié.

La qualité d'initié a donné lieu à une extension et il est permis de distinguer avant 2001 et après 2001.

1) Avant 2001.

Il résultait des textes qu'il ne pouvait y avoir que deux catégories de personnes initiées, c'était les initiés par statut et d'autre part les initiés par fonction.

*La notion d'initié par statut.
Les initiés par statut sont souvent dits les initiés primaires ou de droit. (initié interne). Article 465-1 du CMF dans son alinéa 1er lorsqu'il vise les dirigeants d'une société mentionnée à l'article L225-109 du CMF.

Ces initiés sont le président, les directeurs généraux, les administrateurs des sociétés anonymes dont les titres sont cotés.

Les dirigeants de ces sociétés sont à raison de leur qualité de dirigeant sont présumés initiés au regard des informations privilégiées concernant les titres des sociétés qu'ils dirigent.

Ils sont présumés initiés car ils sont censés savoir ce qui se passe dans les sociétés.

Le 17 mai 2010.

On ne veut pas qu'il y ait de rupture d'égalité. Quand des personnes ont des informations alors que le public n'a pas ces informations, on commettra un délit d'initié en bourse.
L'idée générale est que **des personnes qui détiennent des informations privilégiées ne doivent pas les utiliser pour faire des opérations en bourse.**

Lorsqu'on a une information privilégiée, on doit s'interdire toute action ou on doit la rendre publique.

Délits particuliers :
On peut se livrer à des manœuvres pour manipuler les cours en bourse.

Dans l'alinéa 1er de l'article 465-1 du CMF, il y a eu beaucoup de modification.

Les personnes doivent réaliser directement ou indirectement une ou plusieurs opérations sur les titres qu'ils ont….

L'alinéa 2 puni les mêmes personnes lorsqu'elles communiquent à un tiers les informations privilégiées.

L'alinéa 3 puni les personnes qui auront fait une opération sur les titres, soit communiquer les informations qu'elles ont.

Les peines varient en fonction de la qualité des personnes.

La preuve de la qualité d'initié ne fait pas de difficulté car les initiés par statut sont présumés initiés par leur qualité de dirigeant.
Toutefois la présomption ne peut être que simple.

Ils sont présumés par statut car le dirigeant d'une société est censé savoir quelles sont les opérations que va faire sa société.
La présomption ne peut être qu'une présomption simple, elle peut être combattue par celui qui a la qualité d'initié. La preuve contraire suppose qu'on dise qu'on ne s'occupe de rien dans la société.

On peut tenter de s'exonérer en disant qu'on a délégué ses pouvoirs. Il faudra alors que toutes les conditions de la délégation soient remplies.

Au regard des initiés par statut, **le délit ne va pas sans évoquer l'abus de biens sociaux.** Les dirigeants abusent au préjudice des actionnaires. C'est une sorte d'abus de pouvoir de dirigeant.

*Initié secondaire.
Selon 465-1, ce sont les personnes disposant …. D'information privilégiée à l'occasion de leur profession….

On distingue entre les initiés par fonction interne à la société (tous les cadres non dirigeant, le simple directeur financier non dirigeant, les initiés par fonction externe, les commissaires au compte, les avocats, etc.

Au regard des initiés par fonction, **le délit sanctionne un devoir de déontologie voulant que les personnes accédant à des informations privilégiées, doivent s'abstenir par déontologie d'utiliser ces informations.**
Il est forcé que cette finalité qu'on peut attribué au délit n'est pas forcément marqué.

L'information privilégiée peut avoir été acquise grâce à l'exercice des fonctions. Ex : la femme de ménage qui trouve une information majeure.
Le chauffeur du taxi qui conduit des dirigeants. Il a été jugé qu'un architecte qui n'a rien à voir dans les opérations boursières qui été chargé de faire des travaux, et qui voit sortir d'un bureau le dirigeant d'une société concurrente.

La qualité d'initié par statut se présume, la qualité d'initié par fonction doit être prouvée. Il faut établir que l'initié à acquis sa formation privilégié par fonction.

Les juges doivent la relever.

Initié tertiaire. Jusqu'à la réforme de 2001, il n'y avait que deux conditions d'initié.
Lorsqu'un initié communiquait l'information à une personne qui était sans profession, mais qui avait une fortune, et que cette personne réalisait une action en bourse elle ne pouvait pas se voir reprocher le délit d'initié en bourse.

Pour cet initié, on retenait le recel de délit d'initié.
Jusqu'en 2001, la catégorie des initiés tertiaires n'existaient pas. La seule possibilité c'était le recel de délit d'initié. Ce retour par le recel n'est plus nécessaire car depuis 2001, **sont initiés toutes personnes possédant en connaissance de cause des informations privilégiées.**

La distinction entre initié primaire, secondaire et tertiaire peut avoir des incidences sur des modes de qualification.
On peut avoir des incidences notables sur les sanctions.

Moins sévèrement puni pour les initiés tertiaires.

B) L'information privilégiée.

Elle demande à être précisée dans son objet et son caractère.

L'information privilégiée doit porter soit sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés dans un marché réglementé, soit sur les perspectives et l'évolution d'un instrument financier admis sur le marché règlementé.

Dans tous les cas, il faut que la société à propos de laquelle on a des informations privilégiées ou les titres soient admis sur un marché règlementé. Ce sont des marchés règlementés par le ministre de l'économie.

En ce qui concerne les caractères de cette information. Le texte d'incrimination ne formule pas d'exigence. Les caractères sont très importants, ils ont été dégagés par la jurisprudence. Il faut que **l'information soit précise et de nature à influer sur les cours.**

-L'information doit être précise et influer sur les cours.
-L'information ne doit pas être connue du public.

*Une information précise : Cette exigence ne figure pas dans les textes, elle se déduit de la logique.
Cette exigence se déduit aussi du contexte et de l'esprit du délit. La bourse est faite de rumeur.

Il faut établit la frontière entre la rumeur et l'information précise.

La distinction entre rumeur et information précise.

Il y a simple rumeur si on a connaissance que les affaires d'une telle société iraient males.

En revanche on aura une information précise, privilégiée, si on sait que les pertes d'une telle société sont de tel montant.

On aura une information si on a été informé précisément du dénouement d'une opération commerciale fondamentale.

L'information n'a pas besoin d'être certaine. La précision n'est pas forcément certaine. C'est normal car les investissements en bourse ne vont pas sans aléa.

Si l'information n'a pas besoin d'être certaine, **elle doit être de nature à influer sur les cours**. Cette exigence édité par la spécificité du délit, n'a pas besoin d 'être chiffré avec précision, ➔ **il suffit qu'on soit en présence de renseignements suffisamment précis pour être immédiatement exploité.**

Cette appréciation du caractère d'influence sur les cours doit être menée objectivement. ➔ Cela signifie que l'effet possible **doit être intrinsèque à l'information**. Cet effet possible ne doit pas être apprécié en fonction des capacités d'analyse et financière de celui qui détient des capacités à investir en bourse.

Il faut enfin que **l'information soit confidentielle**. Ce caractère confidentiel n'est toutefois pas requis par le texte.

Le caractère confidentiel signifie **que l'information ne doit pas être connue du public.**

La solution est la suivante : Si l'information a été publiée, a fait l'objet d'une communication du public, elle cesse d'être confidentielle. Donc pas de délit d'initié. Toute communication officielle du public.

C) Les éléments constitutifs du délit :

On a l'élément matériel et l'élément intentionnel.

*Elément matériel :
Il consiste pour un initié soit à réaliser directement ou indirectement une ou plusieurs opérations, soit à permettre sciemment à un tiers de réaliser une opération d'initié soit à la communiquer à des tiers en dehors de l'exercice des fonctions.

Les deux premières modalités, correspondent à des modalités stricto sensu.

-En dehors de l'exercice des fonctions, cela signifie ➔que c'est un délit assimilable à la violation d'un secret professionnel.

-Avoir réalisé une ou plusieurs opérations :
Cette première modalité peut être cernée en précisant la nature, les résultats et les modes de réalisation de l'opération, en précisant le cadre de l'opération et enfin le lien devant exister entre l'opération et la détention de l'information privilégiée.

A propos de la nature, on peut dire qu'ils sont indifférents. **On croit toujours que l'opération consiste à acquérir des titres pour faire des profits.**
Cela peut consister à vendre des titres que l'on a déjà.
Les résultats de l'opération peuvent être considérés comme indifférent.

Il est à noter que le profit pourra avoir une incidence sur la peine d'amende. Elle ne peut pas être inférieure au profit et ne peut pas être porté au décuple du profit.

Le mode de réalisation est indifférent car le texte vise le fait de réaliser directement ou indirectement. **La personne qui réalise peut être l'initié lui-même, mais la personne qui passe l'ordre d'opération peut être un tiers**.
S'il ignore la démarche d'initié, le tiers qui passe l'opération ne craint rien s'il le sait, il devient complice, et s'il en profite pour faire une opération, il devient personnellement en plus initié.

En ce qui concerne le moment et le cadre de l'opération, sous le rapport du moment. Pour être répréhensible **l'opération doit avoir été réalisée avant que le public ait eut l'information.**
Une opération faite la veille du jour auquel l'information a fait l'objet d'un communiqué officiel, ➔ est une opération d'initié.

L'opération faite deux heures après la communication n'est pas un délit d'initié.

En pratique, les poursuites pénales ont été précédées d'enquête de l'AMF, et ces enquêtes sont minutées.

La question de ce moment peut prêter à discussion lorsque le moment de l'exécution et le moment de l'achat.

<u>Quand l'opération est –elle réalisée ?</u>

Dès le lancement de l'opération en bourse, ou lors de l'exécution de l'ordre. **Selon la jurisprudence l'opération est réalisée dès le lancement de l'ordre.**

Cela signifie que lorsqu'on lance un ordre sans connaître une information privilégiée, on ne commet pas le délit.

Cette solution n'est pas pénalement acceptable, il n'y a pas de commission par omission.

Le cadre de l'opération :
En ce qui concerne le cadre économique, le texte d'incrimination exigeait que **l'opération ait été réalisée sur le marché boursier.**
En conséquence, les opérations réalisées hors marché, ne pouvaient pas tomber sous le coup de la loi pénale.

Cela a été admis dans l'affaire des cessions de titre d'Yves saint Laurent qui avait été vendu sans passer par le marché.

Dans ce genre de vente, il n'y avait pas d'application possible de loi pénale. Par la suite on a supprimé les termes «sur le marché ».

Les opérations passées hors marché peuvent être constitutives du délit. On a la même rupture d'égalité au regard des actionnaires.

Le marché de la bourse est internationalisé et cette internationalisation a pour conséquence que **l'opération peut être totalement faite à l'étranger.**

<u>Ex :</u> Opération faite par une société sur des titres d'une société américaine, sur le marché de new York.

Dans cette affaire, l'enquête de la COB, a pu déterminer qu'une personne avait passé un coup de fil de France pour acquérir des actions sur la place de New york.

C'était une opération portant atteinte à l'ordre boursier américain réalisé à l'étranger. Cette affaire a été jugée en France car la loi pénale est compétente pour les infractions réputées commises en France. Les infractions dont un fait constitutif a lieu en France, peuvent amener à un rattachement possible.

Cela suppose un accord entre les états concernés.

-Permettre à un tiers de réaliser une opération d'initié.

A l'origine, le délit ne pouvait être que le fait d'initié par statut ou par fonction. En conséquence quand les initiés communiquaient à des personnes sans fonction, ces personnes ne pouvaient pas commettre le délit.

-Avoir sciemment permis :
Dans cette deuxième modalité**, le délit est le fait de l'initié qui ne réalise lui-même aucune opération mais qui la communique à un tiers dont il sait qu'il va exploiter l'information privilégiée.**

- ⇨ Dans ce cas là, **c'est le délit de l'initié.**

Il ne peut être constitué dans cette deuxième modalité que si le tiers réalise l'opération grâce à l'information.
S'il ne la réalise pas, on ne peut avoir que communiquer l'opération.

Le sors du tiers : Depuis 2001, il sera initié tertiaire.

Troisième modalité : Avoir communiqué à un tiers l'information privilégiée. Il résulte de la rédaction de l'article 465-1 du CMF que **tout initié primaire, secondaire ou tertiaire qui communique à un tiers en dehors du cadre normal de sa profession, une information privilégiée qu'il détient, commet le délit de communication d'information privilégiée.**

Cela a pour conséquence que tous les initiés sont soumis à une obligation de secret, de confidentialité.
Toutefois, les textes précisent bien que la communication doit avoir lieu **en dehors du cadre des fonctions.**

*Elément intentionnel :

Il faut que l'agent ait conscience du caractère privilégié. Il n'y a pas besoin de volonté spéculative, il faut avoir la conscience de méconnaitre la régularité du fonctionnement du marché.

En revanche l'élément intentionnel peut avoir un rôle important car la deuxième modalité, c'est avoir sciemment permis à un tiers d'avoir réaliser l'opération.

On n'est pas dépourvu de moyen de défense car les personnes poursuivies peuvent pour les besoins de leur défense faire valoir que l'opération d'initié l'a été en quelque sorte sous l'empire d'un état de nécessité économique.

D) Les poursuites et la répression :

Il y a des possibilités de poursuite par l'AMF car dans les règlements on a les mêmes interdictions que celle de 465-1.

Un délit d'initié peut cumulativement être constitutif d'un manquement d'initié relevant de l'AMF. Les poursuites sont plus fréquentes qu'elles le sont devant les juridictions répressives.

Si elle détecte une anomalie, on peut considérer qu'il y a une suspicion de délit d'initié, et l'AMF et la commission des sanctions de l'AMF pourront être saisie. On encoure pareil qu'au pénal.

L'AMF qui va s'occuper de la procédure administrative va aussi informer le parquet et de façon générale, elle doit en informer le procureur de la république. On peut avoir des poursuites devant l'AMF et devant les juridictions répressives.

Il pourra y avoir un cumul de sanction pécuniaire. Si l'AMF n'a condamné qu'à 1 million d'amende. Le juge pénal qui serait saisi pourra condamner à l'emprisonnement et jusqu'à 500 000. On ne doit pas dépasser le maximum légal.

Les poursuites et la répression : Le parquet peut poursuivre, mais il doit en aviser l'AMF. **L'AMF peut se constituer partie civile si elle n'a pas elle-même exercé une procédure de sanction.**
Il est admis que les actionnaires de la société, dont les dirigeants auraient fait des opérations d'initié sont recevables à se constituer.

Chapitre 2 : Les délits de diffusion d'information fausse sur le marché boursier et de manipulation des cours.

Une information est altérée.

Délit prévue **par 465-2 alinéa 2 du CMF qui puni le fait pour toute personne de répandre dans le public par un moyen quelconque des informations fausses ou trompeuses sur les perspectives financières, quand cet agissement est de nature à influer sur les cours.**

On lance une fausse information. On incrimine le fait de répandre une information fausse ou trompeuse. On a aussi le cas d'une information incomplète.

Lancer une fausse rumeur n'est pas constitutif du délit, mais c'est constitutif d'un manquement au règlement AMF.

Pour le deuxième délit complémentaire, le délit de manipulation des cours, punis le fait par toute personne d'exercer ou de tenter d'exercer une manœuvre ayant pour objet d'entraver le fonctionnement régulier d'un marché règlementé en induisant en erreur.

C'est le délit d'entrave du marché par manœuvre.
L'exemple topique, c'est **celui de la bouilloire.** Cela consiste grâce à l'intervention de personne à faire monter artificiellement et rapidement la valeur d'un titre en lançant par exemple de multiples ordres de rachat qui seront payable à terme. Le titre monte, et une fois qu'il monte, on revend.

On fait chauffer les cours par des ordres qui ont pour seul objet de faire monter artificiellement les cours.

En pratique les délits, peuvent se cumuler.