UNIVERSITÉ DE LORRAINE

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur. Ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite encourt une poursuite pénale.

Contact : ddoc-theses-contact@univ-lorraine.fr

LIENS

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 122. 4
Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 335.2- L 335.10
http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg_droi.php
http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm

UNIVERSITE DE NANCY-II

FACULTE DE DROIT, SCIENCES
ECONOMIQUES ET GESTION

L'INTERPRETATION DU DROIT PENAL DES AFFAIRES ET LES PAPIERS COMMERCIAUX

THESE présentée pour l'obtention du grade de

DOCTEUR EN DROIT

(Droit privé- Sciences criminelles)

par

Sébastien CHABIRAND

Soutenue publiquement le 20 octobre 2001, devant le jury composé de:

M. Alain FOURNIER, Professeur à l'Université de Metz

M. Jean- François SEUVIC, Professeur à l'Université de Nancy- II

M. Yves STRICKLER, Professeur à l'Université Robert Schuman, Strasbourg- III

M. André VITU, Professeur émérite à l'Université de Nancy- II

UNIVERSITE DE NANCY-II

FACULTE DE DROIT, SCIENCES
ECONOMIQUES ET GESTION

L'INTERPRETATION DU DROIT PENAL DES AFFAIRES ET LES PAPIERS COMMERCIAUX

THESE présentée pour l'obtention du grade de

DOCTEUR EN DROIT

(Droit privé- Sciences criminelles)

par

Sébastien CHABIRAND

Soutenue publiquement le 20 octobre 2001, devant le jury composé de:

M. Alain FOURNIER, Professeur à l'Université de Metz

M. Jean- François SEUVIC, Professeur à l'Université de Nancy- II

M. Yves STRICKLER, Professeur à l'Université Robert Schuman, Strasbourg- III

M. André VITU, Professeur émérite à l'Université de Nancy- II

A ma famille

LE CORPS ENSEIGNANT

Année Universitaire 2000- 2001

DOYEN — **E. CRIQUI**

DOYENS HONORAIRES — **MM TALLON, BENTZ, GROSS, JAQUET,**

PROFESSEURS EMERITES

M. CHAUMONT, Professeur de Droit International Public
M. VITU, Professeur de Droit Pénal
M. GENDARME, Professeur d'Economie
M. CHARPENTIER, Professeur de Droit Public
M. JAQUET, Professeur de Droit Public
M. COUDERT, Professeur d'Histoire du Droit
Mme GAY, Professeur d'Histoire du Droit
M. BORELLA François Professeur de Droit Public
M. BIHR Philippe Professeur de Droit Privé

PROFESSEURS

MM.
GROSS Bernard Professeur de Droit Privé
GOUBEAUX GILLES Professeur de Droit Privé
RAY Jean- Claude Professeur de Sciences Economiques
WEBER Yves Professeur de Droit Public
DUGAS DE LA BOISSONNY Christian Professeur d'Histoire du Droit
SEUVIC Jean- François Professeur de Droit Privé
MOUTON Jean- Denis Professeur de Droit Public
BUZELAY ALAIN Professeur de Sciences Economiques
JACQUOT François Professeur de Droit Privé
ARNOULD Daniel Professeur de Sciences Economiques
CRIQUI Etienne Professeur de Science Politique

Mme MARRAUD Catherine Professeur de Droit Privé

MM.
BILLORET Jean- Louis Professeur de Sciences Economiques
PIERRE- CAPS Stéphane professeur de droit public
LEGENDRE François Professeur de Sciences Economiques
PRUM André Professeur de Droit Privé
GOSSEREZ Christian Professeur de Droit Public
GARTNER Fabrice Professeur de Droit Public
RICHARD Hugues Professeur d'Histoire du Droit
EBOUE Chicot Professeur de Sciences Economiques
DEFFAINS Bruno Professeur de Sciences Economiques
BOIRON Stéphane Professeur d'Histoire du Droit
MAZIAU Nicolas Professeur de Droit Public

Mme CLAUDEL Emmanuelle Professeur de Droit Privé

M.M

DEREU Yves **Professeur de Droit Privé**
RITLENG Dominique **Professeur de Droit Public**

Mme SAUSSIER Stéphanie **Professeur de Sciences Economiques**

M. GRY Yves **Professeur associé de Droit Public**

MAITRES DE CONFERENCES

MM

DUCROS Jean- Claude	**Maître de Conférences de Droit Public**
BOURGAUX Claude	**Maître de Conférences de Droit Privé**
BEAUFORT Jean- Louis	**Maître de Conférences de Droit Privé**
PELLISSIER Dominique	**Maître de Conférences de Sciences Economiques**
Mme JAEGER Mireille	**Maître de Conférences de Sciences Economiques**
Mme CHARDIN France	**Maître de Conférences de Droit Privé**

MM.

GERMAIN Eric	**Maître de Conférences de Droit Public**
LUISIN Bernard	**Maître de Conférences de Droit Public**
Mme MANSUY Francine	**Maître de Conférences de Droit Privé**

MM

VENANDET GUY	**Maître de Conférences de Droit Privé**
LAMBERT Thierry	**Maître de Conférences de Droit Privé**
Mme TILLEMENT Geneviève	**Maître de Conférences de Droit Privé**
M.HENRY Xavier	**Maître de Conférences de Droit Privé**
Mme GANZER Annette	**Maître de Conférences de Droit Privé**

MM

OLIVIER Laurent	**Maître de conférences de Science Politique**
DIELLER Bernard	**Maître de Conférences de Sciences Economiques**
GUIGOU Jean- Daniel	**Maître de Conférences de Sciences Economiques**
GASSER Jean- Michel	**Maître de Conférences de Droit Privé**
Mme JANKELIOWITCH- LAVAL Eliane	**Maître de Conférences de Sciences Economiques**
M AIMAR Thierry	**Maître de Conférences de Sciences Economiques**

Mmes Kuhn Nicole Maître de Conférences de Droit Public
BALESTRIERO Véronique Maître de Conférences de Droit Privé
ETIENNOT Pascale Maître de Conférences de Droit Privé
DANTONEL- COR Nadine Maître de Conférences de Droit Public

M. ORY Jean- Noël Maître de Conférences de Sciences Economiques

Mle BARBIER Madeleine Maître de Conférences d'Histoire du Droit

M.M
STASIAK Frédéric Maître de Conférences de Droit Privé
FOURMENT François Maître de Conférences de Droit Privé

Mle BARBOU des PLACES Ségolène Maître de Conférences de Droit Public

M. ANDOLFATTO Dominique Maître de conférences de Science Politique

Mmes DEFFAINS Nathalie Maître de Conférences de Droit Public
SIERPINSKY Batyah Maître de Conférences de Droit Public

M. MOINE André Maître de Conférences de Droit Public

Mles LEBEl Christine Maître de Conférences de Droit Privé
LE GUELLAFF Florence Maître de Conférence d'Histoire du Droit

MM.
PY Bruno Maître de Conférences de Droit Privé
BERNI Daniel Maître de Conférences d'Histoire du Droit
EVRARD Sébastien Maître de Conférence d'Histoire du Droit
FENOGLIO Philippe Maître de Conférences de Sciences Economiques

Mme BOURREAU DUBOIS Cécile Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mle GARDIN Alexia Maître de Conférences de Droit Privé

MM
KLOTGEN Paul Maître de conférence de Droit privé
BIEAU ALAIN Maître de conférences associé de Sciences Economiques

Mme BOULANGER Corinne Maître de conférence associé de Droit privé

MM
BOURE Alain Maître de conférence associé de Droit privé
MACREZ Roland Maître de Conférences associé de Droit Privé
LUCAZEAU Gilles Maître de Conférences associé de Droit Privé

DROIT PRIVE

Mme BIEDER- LELIEVRE Céline (ATER)
M. DAMAS Nicolas (ATER)
Mles DI ROCCO Lara (ATER)
ERHARDT Sandrine (ATER)
PIERRE Nathalie (ATER)
HEL Sophie (ATER)

M. ADAM Patrice (ATER)

Mles PIERRE Sylvie (ATER)

FOURMENT Hélène (ATER)
DURUPT Aurore (Moniteur)

M. FIRON Jean- louis (Moniteur)
M. VALENCIA Franck (Moniteur)

DROIT PUBLIC

Mle ABALLEA Armelle (assistant)
MM.
Muller François (Assistant)
PIERRARD Didier (assistant)

Mle CLAUDOT Frédérique (ATER)
MM. KIEFFER Franck (ATER)
L'HOTE Vincent (ATER)
Mles LIROU Raphaëlle (ATER)
VERVIN Marianne (Moniteur)
TETE Myriam (Moniteur)

ECONOMIE POLITIQUE

Mme BOUCHY Brigitte (Assistant)
MM.
GERNET Alain (Assistant)
WEBER Jean- Paul (Assistant)
PREVOT Jean- Luc (Assistant)
LLORET Jean (PRAG)
MICHEL Muriel (ATER)
HELMER Edwige (ATER)

Mles DORIAT Myriam (ATER)
MOUGEOT Christelle (Moniteur)
SONNTAG Carine (Moniteur)

ANGLAIS

M. ECKERSLEY David (Assistant)
Mme DIEHL (PRAG)

MATHEMATIQUES

M. LOVAT Bruno (PRAG)

L'université n'entend ni approuver, ni désapprouver les opinions émises dans cette thèse; ces opinions doivent être considérées comme propres à l'auteur.

PRINCIPALES ABREVIATIONS

Ann. dr. com.: Annales de droit commercial

A.C. P. : Ancien Code pénal (de 1810)

Al: Alinéa

Ann. dr. comm. : Annales de droit commercial

Art. : Article

B. : Bulletin criminel

Cass. Com.: Cour de cassation, Chambre commerciale

Cass. Civ.: Cour de cassation, Chambre civile

C. com : Code de commerce

C.E. : Conseil d'Etat

C.E.D.H. : Cour européenne des droits de l'homme

Cf: Confer

C.G.I.: Code général des impôts

C.J.C.E.: Cour de justice des communautés européennes

Code Inst. crim.: Code d'instruction criminelle

Coll. : Collection

Crim. : Cour de cassation, Chambre criminelle

D.: Recueil Dalloz

D.P.: Dalloz Périodique

D.S.: Dalloz Sirey

Ed.: Edition

Fasc.: Fascicule

G.P.: Gazette du Palais

Inf. Rap.: Informations rapides

J.C.L. pén.: Jurisclasseur de droit pénal

J.C.P.: Juris- classeur périodique(Semaine juridique)

L. : Loi

L.F.B.: Loi fédérale sur les banques suisses

L.G.D.J.: Librairie générale de droit et de jurisprudence

Obs.: Observations

P.U.F. : Presses universitaires de France

R.C.L.J. : Revue critique de législation et de jurisprudence

Rec. dr. pén. : Recueil de droit pénal

Rep. Dalloz. Dr. Pén. : Répertoire Dalloz Droit pénal (Encyclopédie Dalloz)

Rev. crit. D.I.P.: Revue critique de droit international privé

R.D.P.: Revue de droit pénal

R.P.S.: Revue pénale suisse

R.S.C.: Revue de Science criminelle et de droit comparé

R. Soc.: revue des sociétés

R.T.D. com. : Revue trimestrielle de droit commercial

Sem. Jur. ed. Ent.: Semaine juridique édition entreprise

S.: Recueil Sirey

Th.: Thèse

Trib. corr. : Tribunal correctionnel

SOMMAIRE

« Nul homme ne peut être arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi et dans les formes qu'elle a prescrites »

Article 7 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, du 27 août 1789.

INTRODUCTION

Dans un article récent, Stefano Manacorda écrivait: « *Devant l'intégration progressive de nos systèmes économiques et politiques, la globalisation, ainsi que l'émergence préoccupante des faits de délinquance économique et financière, l'absence d'un ordre pénal international se révèlent préjudiciables à plus d'un titre: à la complexité et à la relative inefficacité des réponses élaborées par les institutions internationales, se surajoute le risque d'un glissement sécuritaire en contradiction avec les principes essentiels de l'Etat de droit et de la démocratie* ».[1]

[1] Stefano Manacorda, « Pour un corpus juris », « Noir, gris, blanc. Les contrastes de la criminalité économique », Les cahiers de la sécurité intérieure, n° 36 , La Documentation française, Paris 1999.

Aujourd'hui, concernant la délinquance financière, ce qui frappe en premier lieu, c'est la quasi- absence d'organismes internationaux en mesure de légiférer, réglementer, administrer ou juger des comportements qui non seulement portent atteinte à l'économie d'un pays, mais qui également relèvent du grand banditisme et du crime organisé. Ce que l'on appelle couramment *« la délinquance en col blanc »* a longtemps été sous-estimée. Ses effets apparaissent sur le long terme, et bien souvent elle ne concerne pas un individu en particulier, mais une collectivité entière. Pourtant, elle nous concerne tous; l'image d'Epinal de l'homme d'affaire peu scrupuleux qui se rend dans un paradis tropical, une valise de billets à la main, doit être balayée. D'un bureau parisien présentant tous les attributs de la respectabilité, des sommes provenant du crime organisé peuvent être transférées par voie télématique d'un pays à un autre, sans même transiter par la France. Ces sommes pourront par la suite être réinjectées dans les circuits de l'économie légale. C'est ce que l'on appelle le blanchiment d'argent sale. L'exemple d'un pays européen, le Liechtenstein, est frappant. Un rapport des services secrets allemands BND (Bundesnachrichtendienst) publié le 8 novembre 1999 par l'hebdomadaire « *Der Spiegel* » et repris par le journal « *Le Monde* » le 26 février 2000, présente les mécanismes utilisés pour « *blanchir* » les capitaux, et il conclut à la collusion entre les grands criminels des cartels de la drogue (Le rapport met directement en cause « *La cosa nostra* » implantée en Amérique du nord et le cartel de Medellin) et certains notables du Liechtenstein, avocats ou gérants de fiduciaires suspectés d'avoir accueilli en toute conscience les fonds de ces organisations criminelles pour procéder à leur blanchiment. Selon ce rapport, le Liechtenstein s'est doté de tous les éléments favorables au blanchiment: fondations anonymes sur lesquelles ne pèse aucune

contrainte puisque l'administration n'exige aucune présentation de bilan et qu'il n'existe ni obligation de tenir une comptabilité, ni autorité de contrôle; strict respect du secret bancaire; création de sociétés dont l'ayant droit économique n'est connu que du seul administrateur fiduciaire. L'absence totale de formalisme et de ce que l'on qualifie généralement de « *papiers* » ou de « *documents commerciaux* » est un élément prépondérant dans le développement de la criminalité en col blanc. On découvre ici une limite à la dématérialisation totale des relations commerciales.

En France heureusement, il existe de nombreuses obligations légales qui imposent un certain formalisme dans les relations commerciales. Une branche du droit pénal a même été créée afin de mieux protéger ces relations d'affaires, il s'agit du droit pénal des affaires. Le formalisme légal attaché aux papiers commerciaux et l'interprétation qui est faite de ce droit pénal des affaires permettent-ils de mieux lutter contre la délinquance financière tant en France que sur le plan international?

Pour répondre à cette question, il convient tout d'abord de tenter de définir précisément les expressions: « *droit pénal des affaires* » et « *papiers commerciaux* ».

***

La définition du droit pénal des affaires est délicate. Il n'existe pas de code des affaires. Certains auteurs comme le Doyen Michel Véron vont même jusqu'à s'interroger: s'agit-il d'un mythe ou d'une réalité?[2].

[2] M. M. Véron, Dr. pén. aff. , A. Colin, 3eme éd. 1999, p. 1 et s.

Il faut tout d'abord souligner l'ambiguïté du mot « *affaires* ». Le droit pénal des affaires est un droit hétérogène, « *fourre- tout* ». On retrouve une multitude de textes aussi bien dans le code pénal, dans le code de commerce, dans le code des sociétés, dans le code du travail, dans le code général des impôts, dans des conventions internationales, dans des directives ou des règlements européens. Il en résulte une grande complexité, une multiplication, voire une superposition des incriminations, et une législation encombrée de doublets. Cette multiplication des incriminations fait du droit pénal des affaires un droit souvent inefficace et peu crédible au regard de l'ampleur des dégâts causés par les infractions qu'il prétend combattre. Pour Mme Giudicelli- Delage, il existe même « *un étrange rapport inversement proportionnel, entre le nombre d'incriminations et le nombre d'infractions connues* ».[3] D'ailleurs, les auteurs eux mêmes ne s'accordent pas sur le contenu du droit pénal des affaires. Certains ont une conception extensive de cette matière, d'autres plus restrictive. Ainsi, Mme Giudicelli Delage[4] considère par exemple que la protection des groupements professionnels fait partie du droit pénal des affaires. Mme Delmas-Marty[5] y inclut le droit pénal de l'environnement en rapport avec l'entreprise. D'autres comme Messieurs J. Larguier et Ph. Conte,[6] M. Véron,[7] W. Jeandidier,[8] ont une conception restrictive de la matière et s'intéressent essentiellement aux obligations et interdictions des commerçants et des hommes d'affaires, à la naissance, à la vie et à

---

[3] Mme G. Giudicelli - Delage constate que pour le vol (sans emploi de la force), 1' incrimination représente 50 % des infractions connues, alors que concernant les infractions à la législation des sociétés, environ 200 incriminations représentent moins de 1% des infractions; ce qui donne les « indices d'effectivité » suivants: plus d'1 million pour 1 pour le vol, moins de 10 pour 1 pour la législation sur les sociétés; Dr. Pén. aff., Mémento Dalloz, 4 eme éd. 1999, p. 16.

[4] Dr. pén. aff., Mémento, op cit.

[5] Mesdames Delmas- Marty et Giudicelli- Delage, Dr. pén. aff., 4 eme éd. refondue 2000, PUF, coll. Thémis, p. 5 et s.

[6] M.M. J. Larguier et PH. Conte, Dr. pén. aff. , A. Colin, 10 eme éd. 2001 p. 1 et s.

[7] M. M. Véron, Dr. pén. aff., A. Colin, 3eme éd. 1999, p. 1 s.

[8] M. W. Jeandidier, Dr. pén. aff., Dalloz, 4 eme éd. 2000, p. 3 s.

la mort de l'entreprise. Conscient qu'il existe là une part d'arbitraire, on retiendra dans ce travail la conception la plus restrictive du droit pénal des affaires, car comme l'expose non sans humour Schopenhauer dans « *L'art d'avoir toujours raison* »: « *Plus une affirmation devient générale, plus elle est en butte aux attaques* ».[9] La protection des consommateurs, la protection des groupements professionnels, de l'environnement ou de la concurrence ne seront donc pas abordées. On pourrait même soutenir qu'en raison des sommes recyclées, ou « *blanchies* », les infractions qui sanctionnent le proxénétisme hôtelier, le trafic de stupéfiants ou le blanchiment[10] de l'argent sale, sont également liées au droit pénal des affaires. Mais ici, seules les incriminations qui intéressent directement la protection des papiers commerciaux seront abordées.

Aussi, on définira le droit pénal des affaires comme une branche du droit pénal qui s'efforce d'assurer la sécurité des transactions, dans l'intérêt des hommes d'affaires et des affaires en général, et qui permet d'imposer la loyauté entre les intéressés. Il s'appuie d'une part sur des infractions de droit commun (escroquerie, abus de confiance, faux...) et sur une quantité d'incriminations spécifiques souvent dérivées des premières (passation d'écritures inexactes, abus de biens sociaux, fausses déclarations...). Il doit être distingué d'autres branches du droit pénal. Le droit pénal économique est moins soucieux de morale que d'efficacité.[11]

---

[9] Schopenhauer, L'art d'avoir toujours raison, coll. Mille et une nuits, éd. 1998, p. 23.

[10] Les articles 324- 1 et s. du nouveau Code pénal répriment depuis 1996 le blanchiment des produits de tout crime et délits.

[11] Levasseur, Le droit pénal français de 1807 à 1967, in Commémoration du centenaire du Code pénal belge, p. 59 et s.

Il s'agit d'un droit dirigiste[12] alors que le droit pénal des affaires est un droit libéral. Le droit pénal économique est un élément de planification alors que le droit pénal des affaires est un élément de régulation. Quant au droit pénal financier, il enveloppe des secteurs du droit fiscal et boursier qui ne seront pas étudiés ici. Le droit pénal des affaires se distingue également du droit pénal commercial qui n'envisage pas l'étude de délits tels que l'escroquerie ou l'abus de confiance, il s'éloigne également du droit pénal des sociétés qui ne concerne que les activités commerciales exercées sous forme de société.

***

Il n'existe pas non plus de définition des papiers commerciaux en droit pénal des affaires. En droit commercial, on ne trouve pas davantage de définition des papiers commerciaux, ni dans l'ancien Code de commerce, ni dans le nouveau[13], ni même dans les textes non codifiés de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques. On trouve une définition doctrinale des effets de commerce: il s'agit de titres négociables qui constatent l'existence au profit du porteur de créances à court terme et sert à leur paiement, comme la lettre de change, le billet à ordre, le warrant, le chèque. Cependant, cette définition n'englobe pas la totalité des papiers commerciaux qui comprennent également des titres non négociables comme les factures ou les documents comptables. Quant aux actes de commerce, ils sont énumérés aux articles L. 110-1 et L 110-2 du Code de commerce. Mais il ne s'agit pas d'une liste exhaustive. Et la

[12] A. Vitu, Droit pénal spécial, éd. Cujas 1982, n°735 et s. p 588 et s.

[13] La loi n° 99-1071 du 16 décembre 1999 a habilité le gouvernement à procéder par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes, dont le code de commerce. C'est l'objet de l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000. Mais aucune modification de fond n'a été apportée.

jurisprudence commerciale distingue les actes par nature et par destination.

On définira les papiers commerciaux comme les documents papiers qui matérialisent les actes de commerce. Les principaux documents étudiés seront donc: la lettre de change, les autres effets de commerce comme les billets à ordre, les warrants, les chèques, les documents comptables ayant des rôles juridiques polyvalents comme les factures entre commerçants, les factures affacturées, les documents comptables ayant un rôle juridique unique comme les livres de commerce, le bilan , les documents sociaux comme les procès verbaux d'assemblées ou de conseils d'administration, le rapport du commissaire aux comptes.

L'étude des papiers commerciaux présente un double intérêt, à la fois pratique et théorique.

Un intérêt pratique, d'abord, car les papiers commerciaux traduisent les divers modes d'activité des acteurs économiques, et s'évaluent en milliards de francs circulant chaque jour, comme des ventes de marchandises, des prestations de service matérielles ou immatérielles. Ils traduisent aussi des situations commerciales comme les comptes de bilan ou de résultat; ils représentent des preuves d'achats ou de ventes comme les factures. Cependant, les progrès qui mènent à l'usage d'internet, à la dématérialisation des données (exemple : le transfert des liasses fiscales par voie télématique)[14], ne risquent t-ils pas de conduire à une

[14] Instr. Du 23 avril 2001, B.O.I. 13 K-4- 01

« *obsolescence* » des papiers commerciaux dans les rapports juridiques et économiques ?

Evidemment non, dans un dossier en justice, on trouvera toujours le support papier, les factures, les documents comptables ; en cas de litige lié à l'usage d'une carte bancaire, seuls les relevés bancaires feront foi. Dans toutes ces hypothèses, l'avocat aura toujours un papier sous les yeux, on ne discutera pas sur une donnée informatique ou sur une disquette, mais sur le support papier. La traduction papier de données informatiques demeure indispensable et incontournable sur le plan pratique.

Mais l'étude des papiers commerciaux présente également un intérêt théorique, car ils révèlent les liens juridiques très variés qui unissent les hommes du monde des affaires. Il peut s'agir de contrats de vente, d'achat, de garantie, de prêt. Les papiers commerciaux témoignent également de l'apparition de types nouveaux de relations juridiques. Par exemple, les documents comptables ou sociaux comme les PV d'assemblée ou les rapports du commissaire aux comptes laissent entrevoir une nouvelle conception institutionnelle et non plus contractuelle de la société commerciale. D'un point de vue historique, selon Max Weber, le capitalisme moderne s'est développé grâce à un processus de rationalisation progressif de l'économie lié à l'usage de documents comptables: « *... ce qui détermine ici l'action économique de façon décisive, c'est la tendance (Orientierung) effective à comparer un résultat exprimé en argent avec un investissement évalué en argent (Geldschätzungseinsatz), si primitive soit cette comparaison. Dans la mesure où les documents économiques nous permettent de juger, il y a eu en ce sens, dans tous les pays civilisés, un capitalisme et des entreprises*

capitalistes reposant sur une rationalisation passable des évaluations en capital (Kapital- rechnung) ».

D'un point de vue économique, l'entreprise, à travers sa comptabilité est une structure qui permet d'éliminer les coûts de transaction qui découlent du fonctionnement du marché.[15]

D'un point de vue juridique enfin, le recours au contrat synallagmatique bien sûr ne disparaît pas, mais il ne permet pas d'atteindre, comme les documents comptables, le degré de rationalisation nécessaire à l'organisation et au développement d'une entreprise capitaliste moderne.

De plus, la transformation des rapports économiques et l'émergence de technologies nouvelles ont entraîné une évolution de la valeur probante de certains papiers commerciaux. Ainsi, on reconnaît traditionnellement une valeur probante variable des papiers commerciaux. On distingue en effet, les documents intrinsèquement crédibles comme les lettres de changes, qui incarnent la régularité d'un droit par leur seule apparence, et les documents extrinsèquement crédibles, comme les documents comptables et les factures, dont la valeur de crédibilité provient essentiellement de facteurs externes au document lui- même. La crédibilité de ces derniers peut donc varier en fonction des circonstances. Or, l'usage des papiers commerciaux extrinsèquement crédibles s'est considérablement accru par rapport à celui des documents intrinsèquement crédibles. En effet, le formalisme lié à l'usage des documents intrinsèquement crédibles ne convient pas toujours au monde des affaires. De nombreux moyens de

[15] Cf M. Bead, G. Dostaler « La pensée économique depuis Keynes », éd. seuil 1996, p 261.

communication et d'échanges comme la télécopie, la téléphonie, internet se sont développés ces dernières années. D'importantes décisions dans le milieu des affaires sont parfois prises en dehors de tout formalisme. La « *mondialisation* » des rapports économiques, la vitesse des échanges d'informations réalisés dans « *la nouvelle économie* » font que l'on se contente parfois, comme preuve écrite des échanges commerciaux, de factures, de documents comptables, parfois même de relevés de comptes. Dans le monde des affaires moderne, la preuve des paiements et des encaissements repose essentiellement sur la comptabilité, dans les comptes financiers. La preuve de l'achat ou de la vente repose essentiellement sur la facture. Le recul de ce formalisme a pour conséquence d'accroître le pouvoir d'interprétation du juge pénal. Il existe là un risque de dérapage et de sévérité jurisprudentielle. Le législateur a tenu compte de ces risques en encadrant de plus en plus la vie des affaires par une multiplication des normes pénales.

Cette solution cependant, n'apparaît pas comme la meilleure, car si le droit pénal intervient pour sanctionner les dérapages, si son rôle de gendarme est nécessaire, il ne saurait être trop important car il risque de freiner le développement de l'économie. La multiplication des normes pénales aboutit à une « *sur pénalisation* » des échanges commerciaux, et à un recul du principe selon lequel « *nul n'est censé ignorer la loi* ». Au total, c'est le principe d'interprétation stricte de la loi pénale qui risque d'être affecté par le double phénomène « *auto entretenu* » de l'interprétation extensive et de la multiplication des normes pénales.

Pourtant des solutions existent, l'une est législative, l'autre jurisprudentielle: Il faut d'une part diminuer réellement le nombre de

normes pénales existantes, liées aux papiers commerciaux, ne créer que des incriminations « *proportionnelles* » et « *efficaces* » (cf infra) et d'autre part mieux évaluer le degré de conformité de l'interprétation de ces normes au principe de l'interprétation stricte de la loi pénale.

1- Concernant la première proposition, pour le présent, la dépénalisation, et à l'avenir, la création limitée de nouvelles incriminations, il convient de se référer à l'analyse de Madame le Professeur Giudicelli- Delage.[16] Ainsi, à l'instar de pays étrangers comme le Canada (programme de politique pénale 1982), ou l'Italie (Critères d'orientation pour le choix entre la sanction pénale et la sanction administrative, 1983), et du droit européen (développement des thèmes de valeurs protégées et de proportionnalité des sanctions), cet auteur propose « *d'établir une table des lois* », c'est à dire « *des principes directeurs de législation pénale* ». Ces principes directeurs seraient ceux- ci :

- Le premier principe directeur serait: « *Le principe de justice et les indicateurs de proportionnalité* »

Dans un premier temps, il conviendrait d'analyser les caractères de la faute: s'agirait- il d'une faute matérielle, d'imprudence ou d'une faute intentionnelle; quelle serait la valeur en cause: s'agirait- il d'une valeur ordinaire, d'une valeur protégée par la législation interne, protégée par la Constitution ou par des textes internationaux; quelle serait la nature du dommage, serait- on en présence d'une menace, d'une mise en danger sérieuse, d'une atteinte effective, et quelle serait son ampleur?

[16] Mme G. Giudicelli - Delage, Dr. Pén. aff., Mémento Dalloz, 4 eme éd. 1999, p 17.

Dans un second temps il faudrait comparer ces indicateurs pour déterminer s'il y a lieu ou non à pénalisation. Ainsi, « *une faute intentionnelle mettant en cause une valeur protégée par la constitution ayant occasionné un grave dommage effectif emporterait nécessairement pénalisation; à l'inverse, une faute matérielle constituant une simple menace contre une valeur ordinaire ne devrait en aucun cas être pénalisée* ».

- Le second principe directeur serait: « *Le principe d'utilité et les indicateurs d'effectivité et d'efficacité.* » Selon ce principe: « *Une incrimination ne devrait être mise en oeuvre que si la sanction peut être réellement appliquée (effectivité) et que s'il peut en découler un effet réel et positif sur les conduites individuelles et collectives et sur les représentations de ces conduites en faisant naître la réprobation (efficacité)* ». L'auteur propose que cette « *grille* », constituant une table des lois, soit utilisée dans chaque projet de création ou de suppression d'une incrimination.

2- Concernant d'autre part l'évaluation du degré de conformité de l'interprétation des normes au principe d'interprétation stricte du droit pénal,[17] Il existe déjà des outils judiciaires et doctrinaux. L'interprétation de la loi peut être conduite selon trois méthodes distinctes: l'interprétation littérale, téléologique, ou analogique.

[17] Art. 111-4 Code pénal actuel, « La loi pénale est d'interprétation stricte »; voir Stéfani (G), Levasseur (G) et Bouloc (B), dr. pénal général, 17 ème éd. 2000, P 101, 102 n° 100 (le principe de légalité criminelle).

L'interprétation littérale s'attache essentiellement à la lettre de la loi et la fait primer sur l'esprit de la loi. Cette interprétation a longtemps été admise en matière pénale. Cette méthode a été consacrée dans le code de 1791, dans le code napoléonien et dans certains codes étrangers (Autriche 1787, Prusse 1791- 1794, Bavière 1813). Elle s'explique par le rejet de l'arbitraire de l'Ancien Régime. Mais la loi est souvent imparfaite tant en ce qui concerne le fond que la forme. Elle doit pouvoir être adaptée aux évolutions rapides du monde moderne. Cette méthode a donc été rapidement rejetée en droit pénal des affaires au profit de l'interprétation téléologique pure.

L'interprétation téléologique pure, permet de faire prédominer l'esprit du texte sur sa lettre. Cette interprétation se fonde sur la ratio legis, sur la volonté supposée ou déclarée du législateur. Le juge doit s'efforcer d'adapter l'interprétation des textes à l'évolution sociale. En droit pénal des affaires, il devra non seulement tenir compte de l'évolution législative, mais également de la pratique commerciale. Ce procédé n'a rien d'arbitraire, et répond aux exigences de la pratique des affaires en perpétuelle évolution, ce qui n'est pas le cas de la méthode analogique pure.

La méthode analogique consiste selon Jimenez de Asua: « *à résoudre une espèce pénale non prévue par la loi en se réclamant de son esprit latent et en prenant pour point de départ la similitude de l'espèce donnée avec une autre que la loi a définie ou prévue dans son texte et, dans les cas extrêmes, en recourant aux*

fondements de l'ordre juridique, pris dans leur ensemble ».[18] Il est donc possible d'envisager deux types d'analogies.

L'analogie légale (suivant l'expression allemande Gesetzesanalogie), est une interprétation « *intra legem* », un cas non prévu par la loi va être intégré au texte d'origine. Cette notion doit bien être distinguée de l'interprétation téléologique. Dans l'interprétation téléologique, le juge donne aux termes légaux le plein sens qu'ils doivent avoir, dans l'interprétation analogique, le juge ajoute au texte des termes non prévus par la loi. Il existe une seconde forme d'analogie: l'analogie juridique.

L'analogie juridique est la forme la plus aiguë de non respect du principe de légalité. On la retrouve dans les Etats totalitaires et fort heureusement, elle est proscrite dans un Etat de droit car elle laisse libre cours à l'arbitraire du juge. Dans cette hypothèse, le juge s'inspire de l'esprit général du système répressif. Il s'appuie sur l'éthique politique, religieuse ou sociale dont s'inspire le droit de son pays et non sur un texte de loi.[19]

Cependant, ces nuances classiques ne suffisent pas à analyser avec suffisamment de précision les évolutions constantes et les errements de la jurisprudence en droit pénal des affaires. De plus, l'étude des papiers commerciaux fait ressortir un certain laxisme dans l'application du principe d'interprétation restrictive. Déjà R. Leinster dans sa thèse intitulée: « *Efficacité et imperfection de l'incrimination d'abus de confiance dans le droit des affaires* », avait éprouvé le besoin d'affiner

[18] Jimenez de Asua, L'analogie en droit pénal, RSC, 1949,p 187 et s.
[19] La notion de « sain instinct du peuple » (das gesunde Volksempfinden), constitue un exemple particulièrement caricatural; (Paragraphe 2 du Code pénal national- socialiste allemand).

les traditionnelles distinctions doctrinales en créant la notion d'interprétation « *quasi- analogique* »[20] qu'il définissait ainsi: « *Bien que la méthode analogique soit proscrite de notre droit pénal, les tribunaux se sont efforcés de décomposer ces nouvelles situations juridiques pour s'ingénier à y trouver un contrat qui permettrait l'application de l'abus de confiance* ». Bien sûr, le problème d'interprétation constitue un problème général. Il se pose dans d'autres domaines du droit, comme dans les décisions de conformité sous réserve d'interprétation du conseil constitutionnel et la notion d' « *interprétation constructive* »[21], ou la technique de la protection par ricochet développée par la Cour européenne des droits de l'homme.[22] Mais c'est en droit pénal que les difficultés sont apparues les plus délicates en raison de la rigueur du principe d'interprétation stricte de la loi.

Le présent travail constitue un essai en vue d'élaborer des seuils de compatibilité avec le principe fondamental du droit criminel qu'est le principe d'interprétation stricte de la loi. Il ne s'agit pas de se référer à une hiérarchie des normes telle que l'avait conçu Kelsen, où chaque norme tire sa force obligatoire de sa conformité à la norme supérieure.

---

[20] R. Leinster, Efficacité et imperfection de l'incrimination d'abus de confiance dans le droit des affaires, Thèse Nancy, 1980, p 50 et s.

[21] Cette théorie permet au conseil constitutionnel d'ajouter à la loi dans le but de la rendre conforme à la constitution, Guillaume Drago, Contentieux constitutionnel français, éd. PUF 1998, p415 et s. cf. également Thierry Di Manno, Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie, Ed. Economica 1997.

[22] La technique de la protection par ricochet permet aux organes de la convention d'étendre la protection d'un article à des droits non expressément protégés par celui- ci (si une décision est la cause de la violation d'un droit qui n'est pas protégé par la convention, elle peut être la cause de la violation d'autres droits protégés par la C.E.D.H.).

Il s'agit d'établir une hiérarchie dans l'interprétation des normes, en s'appuyant sur les arrêts de la jurisprudence, une sorte de « *hiérarchie interprétative* » qui s'insère dans la nomenclature classique (interprétation littérale, téléologique, analogique), mais qui l'affine. Cette hiérarchie ne peut pas fonctionner dans le cadre d'une logique aristotélicienne binaire du vrai et du faux, mais dans le cadre d'une logique floue,[23] qui offre la possibilité de nuancer le raisonnement logique en quantifiant le degré auquel les concepts sont satisfaits. L'étude de la jurisprudence relative aux papiers commerciaux permet d'établir cette hiérarchie.

***

Trois nouvelles catégories d'interprétation ont pu être dégagées: L'interprétation supra- littérale, supra- téléologique, et infra-analogique.

[23] M. Delmas- Marty et J.F. Coste, « Politique criminelle et droits de l'homme: vers une logique floue », R.I.E.J. 1990. 24 p.7.; L. A. Zadeh a construit la théorie des sous ensembles flous (1960) d'où découle la logique floue. La logique floue admet le passage progressif du vrai au faux. Il n'existe de logique floue que par rapport à une notion de référence précise et spécifiable.

L'interprétation supra- littérale correspond à une variante relativement proche de l'interprétation littérale. La lettre de la loi est ici respectée. Cependant les tribunaux pénaux se réservent le droit d'élargir le sens d'un terme au-delà de la définition que lui donnent d'autres branches du droit. La jurisprudence pénale se reconnaît le droit de ne pas interpréter un terme utilisé dans une loi dans le même sens que d'autres jurisprudences non pénales comme la jurisprudence commerciale. Cette nouvelle distinction présente surtout un intérêt historique et s'apparente à l'autonomisation progressive du droit pénal des affaires par rapport à d'autres branches du droit comme le droit commercial.

La méthode supra- téléologique se distingue de la méthode téléologique pure. Cette dernière accorde une importance première au but de la loi (en Grec telos signifie but). L'esprit de la loi doit pouvoir l'emporter sur la lettre en se fondant sur la « ratio legis », la volonté présumée du législateur. Concernant par exemple la portée de l'incrimination de faux en écriture, il incombe à la jurisprudence de préciser quels sont les documents qui ont valeur de titre. Cependant, et bien que l'adage « *in dubio pro reo* » soit indifférent en matière d'interprétation des lois, celle-ci doit être déclarative. Elle doit tendre à dégager le sens de la loi sans rien y retrancher ou ajouter. Or, dans le cadre d'une interprétation supra-téléologique le juge procède à une interprétation spécieuse de la loi. le respect du principe d'interprétation stricte de la loi n'est qu'apparent. L'esprit du texte tel qu'il a été conçu par le législateur n'est pas respecté. Le juge « *joue* » en quelque sorte sur les mots et sort des limites de ce qu'a voulu le législateur. La forme

l'emporte sur le fond. Mais l'interprétation supra téléologique n'est possible que lorsque la rédaction du texte législatif est imparfaite, lorsque le texte manque de clarté et de précision. Le texte, parce qu'il a été rédigé de manière trop imprécise, secrète en lui même les germes de sa trahison.

Dans l'hypothèse de l'interprétation infra- analogique, le juge franchit un degré supplémentaire dans le non respect du principe d'interprétation stricte de la loi. Non seulement il ne respecte pas l'esprit du texte comme dans l'interprétation supra- téléologique, mais de plus il s'écarte d'un texte dont le sens est clair, précis, et qui reflète expressément l'intention du législateur (contrairement à l'hypothèse de l'interprétation supra-téléologique ou le sens du texte n'est ni clair, ni précis).Cette notion de texte clair et précis mérite quelques approfondissements. L'exigence de textes clairs et précis a tout d'abord été reconnue par le conseil constitutionnel.[24] Cette exigence lui est apparue dériver à la fois de l'article 8 de la déclaration des droits de l'homme (« *nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée* ») et de l'article 34 de la constitution de 1958 (« *La loi fixe... la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables*»). Ensuite cette exigence de textes clairs et précis a été admise par la Chambre criminelle de la Cour de Cassation, mais uniquement dans le cadre d'un contrôle de légalité des textes réglementaires.[25] Enfin, elle a été admise, dans l'hypothèse du contrôle de conventionnalité (conformité

[24] Cons.Consti. 127 DC 19-20 janv. 1981, D. 1982. 441, note De Kenwer, JCP. 1981. II. 19701, note Franck; Cons. Constit. 181 DC 10-11 oct. 1984, RSC. 1985. 609, obs Bouloc; Cons. Constit. 182 DC 18 janv. 1985, Rev. Dr. Publ. 1985. 395, D. 1986. 426, note Renoux, RSC. 1985. 609, obs. B. Bouloc .

[25] M . A. Vitu, Le principe de la légalité criminelle et la nécessité de textes clairs et précis, RSC. 1991, p 555 et s.

de la loi à la convention européenne des droits de l'homme, art. 6 procès équitable, art. 7 principe de légalité).[26]

Pour en revenir à la notion d'interprétation infra-analogique, dans ce cas, le juge ne sauve pas même les « *apparences* ». En résumé, il procède à une interprétation contre la loi, « *contra legem* » mais en s'appuyant tout de même sur un texte existant contrairement à l'analogie juridique. Cette hypothèse se rapproche donc fortement de la notion d'analogie légale (cf supra), mais elle s'en distingue. Il y a analogie légale dès lors qu'un mot ou une expression est ajoutée à l'incrimination légale. L'expression ajoutée n'existe pas dans le texte originel. C'est l'hypothèse où le juge rajoute de manière expresse à la liste limitative des contrats prévus par l'ancien article 408 du Code pénal (abus de confiance) des contrats non prévus par la loi.

De manière plus subtile, il y a interprétation infra- analogique lorsque le juge a recours à ce que Mme Delmas- Marty qualifie de « *technique des doubles qualifications* ».[27] Dans ce cas, le juge avance masqué. Il se cache derrière une notion prévue par la loi pour introduire une autre notion exclue de manière claire et précise par cette même loi. Il donne une définition inexacte d'une expression claire et précise contenue dans le texte d'incrimination. Pour reprendre l'exemple de l'ancienne incrimination d'abus de confiance (art 408), le juge fera apparaître derrière un contrat exclu de la liste légale un second contrat inclus dans l'article 408 (par exemple l'assimilation du contrat de société en participation au contrat de mandat.). Ici, le juge

[26] D. Mayer, vers un contrôle du législateur par le juge pénal, D. 2001, p 1643. Notons que l'exigence de textes clairs et précis résulte également de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (arrêt Sunday times c/Royaume uni, 26 avril 1979 ; arrêt Malone c/ Royaume Uni, 2 août 1984 ; arrêt Kruslin c/ France, 24 av. 1990, ce dernier cité par V. Berger, Jurispr. De la Cour europ. Dr. Homme., 4 eme éd. , n° 124.
[27] M. Delmas- Marty, Droit pénal des affaires, 3 eme éd. 1990, coll Thémis, p39 et s.

ne fait pas apparaître de manière expresse un contrat qui n'était pas prévu par la loi comme dans l'analogie légale. Il donne d'un contrat dont la définition est claire et précise une interprétation contraire à la loi.

L'intérêt de cette nouvelle nomenclature est qu'elle permet d'établir de manière plus précise que l'ancienne les dérives du principe d'interprétation stricte de la loi.

La nouvelle nomenclature comprend donc:

1) L'interprétation littérale pure

2) L'interprétation supra littérale

3) L'interprétation téléologique pure

4) L'interprétation supra téléologique

5) L'interprétation infra analogique

6) L'interprétation analogique (comprenant l'analogie légale et l'analogie juridique)

Dans le présent travail seront surtout examinées les interprétations téléologique pures, supra téléologiques, et infra analogiques, ce qui permettra de mettre en évidence le laxisme de la jurisprudence à l'égard du principe d'interprétation stricte de la loi pénale. Au fil des développements, Il apparaîtra que ce laxisme résulte de deux facteurs:

-d'une part il existe un besoin d'évolution rapide des normes en affaires dans le sens de l'uniformisation et de la

spécialisation, en raison d'un processus continu de rationalisation de l'économie, ainsi qu'il transparaît à travers les papiers commerciaux;

-d'autre part, l'évolution du droit pénal par rapport aux autres branches du droit apparaît relativement lente. Il est possible de l'expliquer par les obligations qui pèsent sur le législateur dans la création du droit pénal. Il est en effet dans l'obligation de promulguer des textes précis définissant nettement les incriminations et indiquant sans erreur possible les peines applicables.

En conséquence, il existe parfois un décalage entre la norme répressive et le besoin économique et social auquel elle devrait répondre. Cela pousse parfois le juge à procéder à des interprétations supra- téléologiques ou infra- analogiques du texte pénal inadapté. Afin d'éviter cette dérive jurisprudentielle, le législateur a d'abord été tenté de multiplier les textes incriminateurs. On entrait alors dans une phase d'inflation législative.[28] Le nouveau code pénal semble aborder une nouvelle étape. Il procède à l'élargissement des incriminations existantes. S'agit-il d'un simple phénomène de « *rattrapage* » comme cela semble se dessiner, la loi légitimant en quelque sorte la jurisprudence précédente ou existe-t-il un risque de gouvernement des juges? Seul un certain recul historique pourra permettre de répondre à cette question.

***

[28] Mme Delmas- Marty, Le flou du droit, coll. PUF, éd. 1986.

Au contact du droit des affaires, le droit pénal classique doit donc être aménagé: les qualifications pénales et les modalités des pénalités prennent une originalité qui mérite d'être soulignée, d'où l'objet de cette thèse et de ses deux parties:

La première partie, intitulée: *«La rigueur des qualifications en droit pénal des affaires et les papiers commerciaux»*, sera consacrée à démontrer combien la jurisprudence pénale s'est évertuée à étendre le domaine d'application de la loi pénale en ce qui concerne les papiers commerciaux.

La seconde partie envisagera «L*a rigueur de la répression en droit pénal des affaires et les papiers commerciaux* », et montrera combien le législateur paraît impuissant à canaliser les débordements de la jurisprudence.

PARTIE I : La rigueur des qualifications en droit pénal des affaires et les papiers commerciaux.

La rigueur des qualifications en droit pénal des affaires apparaît tant au regard du laxisme dans l'application des principes généraux du droit criminel (Titre I) que de la matérialité atténuée (Titre II) ou du particularisme de l'élément intentionnel des infractions (Titre III).

Titre I: Le laxisme dans l'application des principes généraux du droit criminel et les papiers commerciaux

Dès le XVIII eme siècle, certains auteurs éminents comme Beccaria ont dégagé les principes généraux du droit criminel. Le plus important est sans doute le principe de légalité criminelle: « *Nullum crimen, nulla poena sine lege* ». Selon cet auteur, « ... *Les lois seules peuvent déterminer les peines et les délits, et que ce pouvoir ne peut résider qu'en la personne du législateur, qui représente toute la société*

unie par un contrat social ».[29] Ce principe est exprimé dans l'article 4 du code pénal ancien. On le retrouve dans le projet de code pénal de 1986 (art. 111-2 et 111-3) et surtout dans les articles 111-2 et 111-3 du nouveau code pénal; selon l'article 111-2 : « *La loi détermine les crimes et délits et fixe les peines applicables à leur auteur...* » et selon l'article 111-3: « *Nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis dans la loi* ». Il découle du principe de légalité criminelle un autre principe: celui d'interprétation stricte de la loi pénale. Aux termes de l'article 111-4 du nouveau code pénal: « *La loi pénale est d'interprétation stricte* ».

En effet, toute loi doit être interprétée afin que cette règle abstraite qu'est la loi puisse être appliquée à un cas concret. En droit civil ou en droit commercial, les juges pratiquent l'usage de méthodes extensives et même analogiques. Cela permet à la jurisprudence parfois sur des bases de textes insuffisants de construire et d'adapter le droit positif à l'évolution de la société. Cependant, ces méthodes doivent être rejetées en droit pénal, car le droit pénal met en jeu les libertés individuelles. Il convient donc de préférer une méthode d'interprétation restrictive à une méthode extensive d'interprétation de la loi pénale. Pourtant, concernant les incriminations destinées à protéger les papiers commerciaux, la jurisprudence pénale a souvent fait preuve d'interprétations extensives. Le législateur en droit pénal des affaires, n'est pas parvenu malgré de nombreuses réformes à freiner les audaces de la jurisprudence. Bien souvent, au contraire, il n'a fait qu'avaliser les percées jurisprudentielles en rédigeant des textes pénaux de manière de plus en plus compréhensive, encourageant ainsi l'expansionnisme jurisprudentiel. Ces pratiques du juge et du

[29] Beccaria, Des délits et des peines, GF- Flamarion, ed 1991, p 65.

législateur ont eu pour conséquence un déclin progressif du principe d'interprétation restrictive de la loi pénale (CH I), mais également l'extension du domaine d'application de cette même loi dans l'espace et dans le temps (CH II).

Chapitre I : Le déclin du principe d'interprétation restrictive de la loi pénale

Dans ce chapitre, sera principalement étudiée au regard des papiers commerciaux l'évolution de l'interprétation des conditions préalables à la consommation de deux infractions: le faux en écritures, et l'abus de confiance. D'abord parce que la réalisation de ces infractions implique l'utilisation de papiers commerciaux. Ensuite parce que l'étude des conditions préalables de ces infractions permet d'établir des comparaisons avec d'autres branches du droit, (droit commercial, droit civil) et notamment par le biais des notions de titre et de contrat.

Dès lors, si l'on peut admettre que l'insuffisance du principe d'interprétation littérale amène le juge à recourir à l'interprétation supra- littérale, puis téléologique pure (Section I), la pratique d'une interprétation supra- téléologique puis infra- analogique paraît beaucoup plus contestable (Section II). Le législateur a tenté de freiner ces atteintes au principe d'interprétation stricte (Section III), pourtant, il existe d'autres méthodes d'interprétation possibles que celles traditionnellement envisagées en droit pénal français (Section IV).

Section I : L'insuffisance du principe d'interprétation littérale

La distinction classique entre l'interprétation littérale et téléologique paraît insuffisante au regard de l'étude de la jurisprudence relative aux papiers commerciaux. Aussi la création de subdivisions plus précises a paru nécessaire. L'interprétation littérale pure sera donc distinguée de l'interprétation supra-littérale et téléologique pure.

Si l'interprétation supra-littérale suffit à caractériser la valeur de titre des documents intrinsèquement crédibles (§I), seule

l'interprétation téléologique pure permet de conférer à certains papiers commerciaux la valeur de titre (§II).

§I L'interprétation supra-littérale et la valeur de titre des documents intrinsèquement crédibles

L'interprétation supra- littérale est une manifestation de l'application du principe d'autonomie du droit pénal selon lequel la jurisprudence pénale est indépendante des autres branches du droit. L'interprétation de la notion de titre par les juridictions pénales peut se révéler comme étant purement littérale, elle est alors identique à celle dégagée par les juridictions commerciales (A), mais parfois la jurisprudence pénale fait preuve d'une interprétation supra- littérale, elle apparaît alors autonome par rapport à la jurisprudence commerciale (B).

A) l'interprétation littérale pure: l'identité entre le droit pénal et le droit commercial

Dans le cadre d'une interprétation littérale pure, les juridictions pénales et commerciales respectent strictement la lettre de la loi. Elles confèrent de la même manière la valeur de titre aux effets de commerce.

L'identité entre les jurisprudences commerciales et pénales en matière d'effets de commerce était encore plus flagrante lorsque le droit pénal distinguait les titres commerciaux et les titres privés. Actuellement, En droit pénal, la distinction conserve un intérêt en ce que la valeur de titre est présumée dès lors que l'on est en présence d'un effet de commerce régulier. Cette présomption est d'ailleurs tantôt irréfragable tantôt simple selon que l'on a affaire à une lettre de change ou à un autre effet de commerce. De plus, cette présomption entraîne une autre présomption: celle de préjudice en matière de faux en écritures.

1) La présomption irréfragable de valeur de titre commercial attachée à la lettre de change

En droit commercial, toutes les preuves sont admissibles (Art 109 c. com.). Contrairement au droit civil, le droit commercial a pour principe la liberté de la preuve. Mais ce principe connaît d'importantes

limitations dans les mécanismes du formalisme cambiaire (Art 110 c. com. et s) régissant les effets de commerce. La valeur et l'efficacité de ces documents sont conditionnées par leur forme, l'effet de commerce « *incarne la régularité d'un droit par sa seule apparence.*»[30] Ces exigences de forme conférant au document la qualité de titre paraissent nécessaires à la sécurité du crédit en matière commerciale qui requiert une indispensable confiance. La crédibilité des effets de commerce repose sur une « *apparence à laquelle les tiers doivent pouvoir se fier* ». [31] L'effet de commerce est un titre négociable qui constate l'existence au profit du porteur d'une créance à court terme et sert à son paiement, ce qui le différencie des valeurs mobilières également titres négociables mais émises par catégories conférant à leurs titulaires des droits identiques et à des échéances plus longues. Dès lors qu'on a démontré qu'un document est un effet de commerce sa valeur de titre paraît établie. Mais il existe certaines présomptions qui vont faciliter cette preuve.

La lettre de change est un titre qui est remis par le tireur au bénéficiaire. Il donne à celui-ci, ou à celui qui est à son ordre, le droit de se faire payer à une date déterminée une certaine somme d'argent par le tiré.[32] Elle constitue dans tous les cas et entre toutes personnes, un acte de commerce (Art 632 c.com). Toute altération d'une lettre de change constitue donc nécessairement un faux en écritures de commerce,[33] et ne peut être assimilée à un faux certificat.[34] Une lettre de change ne cesse pas d'être commerciale même si elle est endossée en

---

[30] J. Larguier, "Étude sur la notion de titre en droit privé", Thèse Montpellier, 1948, p.173, n°166.
[31] G.Ripert et R. Roblot, Traité de droit commercial , 16 eme edition L.G.D.J. 2000, T II, p 142 et 143 n°1933.
[32] Ripert et Roblot, T II, op cit, p 130, n°1914.
[33] Crim, 18 nov. 1959, B 494; 18 janv. 1961, B 33; 28 mai 1962, B 212; Paris, 18 avril 1970 : DS 1970, 595 note Vasseur.
[34] Crim, 4 mai 1957, B 363.

blanc. La lettre de change régulière en la forme apparaît donc comme le document commercial crédible « *par excellence* ».

Les mentions obligatoires d'une lettre de change régulière sont toujours substantielles, qu'il s'agisse de sa dénomination,[35] du mandat pur et simple de payer une somme déterminée, du nom du tiré,[36] de l'échéance, du lieu de payement, du nom du bénéficiaire,[37] de la date[38] et du lieu de sa création, de la signature du tireur [39] (celui qui émet la lettre de change): ces mentions procèdent de la volonté du législateur (art 110 C. Com.) et sont prescrites à peine de nullité.[40]

Le titre qui ne contiendrait pas ces mentions obligatoires ne vaudrait pas comme lettre de change.[41] En revanche s'il contient toutes les mentions requises pour la validité d'un billet à ordre, il peut valoir comme tel.[42] A défaut, il peut constituer un engagement civil ou commercial, ou un mode de preuve de l'engagement contracté par les signataires suivant le droit commun.[43]

---

[35] Lyon, 11 juin 1956, D 1957, Somm 36; (caractère obligatoire mention lettre de change).
[36] L'indication du nom du tiré peut être suppléée par la signature d'acceptation, Paris 7 fév 1962, JCP 1962, II 12956 , Note désapprobatrice de Lescot.
[37] Cass. com, 6 juil 1965, D 1966 .24.
[38] Cass.com, 7 oct. 1987, B civ IV, n°216, D 1988, som 51.
[39] Cass. com, 11 juil 1988, B civ IV, n°239, D 1989, som 90.
[40] Ripert et Roblot, T II, op cit. p 146, n°1942.
[41] Paris, 12 sept 1989, DS 1989, IR 253.
[42] Cass. com, 18 mars 1959, RDC, 1959, 909 obs Becque et Cabrillac. Orléans, 6 mars 1963, JCP1964.2.13618, note Gavalda.
[43] Cass civ, 7 fév 1934, GP 1936,1, 721.

2) La présomption simple de valeur de titre commercial des autres effets de commerce

D'autres documents, tels que le billet à ordre ne sont présumés effets de commerce qu'en raison de la signature d'un commerçant ou parce qu'ils constatent une opération commerciale. Les chèques, les lettres de voitures, les récépissés de marchandises possèdent la même valeur de crédibilité que les billets à ordre. Les factures et bordereaux protestables créés par l'ordonnance n° 67-838 du 28 septembre 1967 complétée par le décret du 22 septembre 1967 constituaient de véritables moyens de crédit.[44] Ils possédaient une crédibilité équivalente à celle des effets de commerce. Ils ont été supprimés en raison d'un défaut de succès dans la pratique par la loi du 2 janvier 1981 (art 14).

La présomption de commercialité du Billet à ordre est une présomption simple. Le billet à ordre est un titre par lequel une personne s'engage à payer une somme déterminée à une date déterminée, à un bénéficiaire ou à l'ordre de celui-ci. A la différence de la lettre de change seules deux personnes sont engagées. Le souscripteur est à la fois

[44] Il s'agissait d'un nouvel effet de commerce. Son emploi, plus souple que l'escompte, offrait au banquier une gamme de possibilités, selon le degré de confiance qu'il accordait à ses clients. Le banquier pouvait se borner à exiger la transmission de la facture à son profit. Il devenait alors cessionnaire de la créance mobilisée et toute cession, délégation ou opposition notifiée après la date de transmission lui était opposable. Mais le client restait tenu d'en encaisser le montant pour son compte et le débarrassait des formalités et des frais de recouvrement. Si le banquier estimait cette garantie insuffisante, il pouvait notifier la transmission de la facture au débiteur de la créance mobilisée, qui ne pouvait plus alors se libérer qu'entre ses mains. Dans tous les cas, la créance constatée par la facture était destinée à être recouvrée normalement, non par la présentation de ce document, mais par un mode de règlement plus simple et moins onéreux, comme dans le crédit non garanti (chèque, avis de prélèvement, virement). A défaut de paiement, le porteur de la facture ou d'une copie disposait contre le débiteur de la force contraignante traditionnelle du droit cambiaire.
Le bordereau était un perfectionnement qui permettait, soit de grouper plusieurs factures créées sur un même débiteur et comportant la même échéance, soit au contraire de fractionner une facture comportant plusieurs échéances différentes.

tireur et tiré.[45] Contrairement à la lettre de change, le billet à ordre n'est un acte de commerce qu'à la condition que son signataire soit commerçant ou qu'il se rattache à une opération commerciale. La différence de régime entre le billet à ordre et la lettre de change, à d'ailleurs fait l'objet de critiques.[46] Le billet à ordre est présumé commercial jusqu'à la preuve contraire, lorsqu'il est signé par un commerçant (Art 638 al 2.com). Ainsi, un commerçant, qui apposait de fausses signatures sur des billets à ordre en les remettant en paiement de marchandises se rendait coupable de faux en écriture de commerce.[47] (N.B. Depuis 1958, il n'est plus fait de différence entre les faux en écritures de commerce et les faux en écritures privées; art 150 ancien C.P.; art 441-1 N.C.P.). Cette présomption de commercialité rend d'ailleurs inutile la constatation du caractère commercial de l'opération.[48] Dans ce cas, la valeur du titre est présumée. Le caractère imaginaire ou falsifié de la signature est indifférent, il suffit qu'elle soit attribuée à un commerçant.[49]

Lorsque le billet est signé par un commerçant et un non commerçant, le billet conserve un caractère commercial (il y a indivisibilité du caractère du billet). Ce qui n'est pas le cas s'il est établi que le billet n'a pas pour cause une opération commerciale.[50]

Lorsque le billet n'est pas signé par un commerçant, le billet peut tirer sa commercialité de la nature de l'opération qu'il constate. Mais la simple énonciation « *valeur reçue en*

---

[45] Ripert et Roblot, op cit, t II, p.229, n°2110.
[46] Ripert et Roblot, op cit, T II, p.232 n°2115.
[47] Crim, 23 avr 1887 : DP 88,1,332; Garçon, 2eme éd., mise à jour par Rousseelet, Patin et Ancel, 3 Tomes 1952 à 1959, Art 147, n° 781.
[48]Crim, 23 janv 1868, B 191, D 69.5. 212, Garçon, op cit, Art 147 n° 783.
[49] Crim, 7 oct 1825, B.200, S et P chr, D. Faux, 302 ; Garçon, op cit, Art 147 n° 781.
[50] Crim, 26 déc. 1828, B 334 - P chr., D. Faux, 315; Garçon, op cit, Art 147 n° 786.

marchandise » ne présume pas de la nature commerciale de l'opération.[51] Ainsi, dès lors que la commercialité du billet à ordre est certaine, il bénéficie d'une crédibilité comparable à celle de la lettre de change.

Il convient de remarquer que l'émission du billet à ordre et l'endossement sont deux opérations distinctes. L'endossement des billets à ordre fut l'objet de difficultés à l'époque où le droit pénal distinguait encore les écritures de commerce des écritures privées. L'endossement est un mode de transmission des effets de commerce, par la remise du titre avec une mention inscrite en son dos. Celui qui émet le titre est l'endosseur, celui qui le reçoit est l'endossataire.[52] Sur une lettre de change, l'endossement est nécessairement une écriture de commerce puisque, toute lettre de change est commerciale par nature. Dès lors, toute falsification de l'endossement sur une lettre de change est un faux en écriture (auparavant, faux en écritures de commerce).[53] Mais un billet à ordre, n'étant pas commercial par nature, l'émission de l'effet et l'endossement sont deux opérations distinctes, la première peut avoir un caractère civil et l'autre commercial, si l'un est entaché de faux, l'autre ne l'est pas forcément.[54] L'endossement, pour être un acte de commerce, doit porter la signature d'un commerçant ou avoir pour objet un acte de commerce. Ainsi, dans un billet à ordre de nature commerciale, l'endossement effectué par un non commerçant est considéré comme non commercial.

Les mentions obligatoires d'un billet à ordre régulier sont toujours substantielles. Les mentions obligatoires sont celles de

---

[51] Crim, 24 août 1843, B 216 - 24 juin 1898, B 228; Garçon, op cit, Art 147 n° 793 .
[52] Ripert et Roblot, op cit, T II. p 187 n° 2017.
[53] Crim, 29 janv. 1847, B 17, Garçon, op cit, n° 818.

[54] Crim, 11 janv. 1866, B 10, Garçon, op cit, n° 820.

l'art.183 c. com. On citera: la clause à ordre ou la dénomination du titre, la promesse pure et simple de payer une somme déterminée, l'indication de l'échéance, du lieu de paiement, le nom du bénéficiaire, la mention du lieu et de la date de souscription. La signature de celui qui émet le titre, doit être manuscrite. En dehors de cette exception, ces mentions sont soumises aux mêmes règles que pour la lettre de change.

La lettre de change est donc irréfragablement présumée titre commercial, alors que les autres effets de commerce ne le sont que simplement. Dans ces hypothèses, le droit pénal ne diffère pas du droit commercial. La jurisprudence fait preuve d'une interprétation littérale pure. Mais dans d'autres hypothèses, la jurisprudence a recours à une interprétation supra- littérale, le droit pénal devient alors autonome par rapport au droit commercial.

B) l'interprétation supra- littérale: l'autonomie du droit pénal par rapport au droit commercial

Le droit pénal est autonome par rapport au droit commercial. Ainsi, en droit pénal un effet de commerce irrégulier peut valoir titre et une mention facultative peut avoir un caractère substantiel.

1) La valeur de titre d'un effet de commerce irrégulier

Une lettre de change qui ne réunirait pas toutes les conditions de régularité exigées par l'Article 110 c.com ne saurait être présumée écriture de commerce il serait alors nécessaire d'établir sa nature commerciale comme pour un billet à ordre.[55] Cela ne signifie pas qu'un faux commis dans une lettre de change (ou dans une autre écriture de commerce) nulle ou annulable doit demeurer impuni, la valeur de titre du document subsiste, mais elle n'est plus présumée, elle doit alors être prouvée. La notion d'autonomie du droit pénal prend ici tout son sens. La doctrine dans son ensemble exprime cette idée mais sous des formes différentes. Des auteurs comme Garraud [56] ou Garçon [57] s'attachent à la notion de préjudice. Donnedieu de Vabres[58] ou le Professeur A.Vitu[59] se réfèrent à celle d'intention. Mais tous estiment que la nullité de l'acte ne s'oppose pas à la responsabilité pénale de son auteur. Certains individus risqueraient d'organiser cette nullité à dessein, pour s'en servir par la suite comme moyen de défense.

La jurisprudence a repris ces analyses. Le faux commis dans un acte nul ou annulable, demeure punissable indépendamment de la gravité de l'irrégularité, du moment où elle a été commise, ou de la nature de cette irrégularité (irrégularité de fond, de forme, relative ou

[55] Crim, 10 oct. 1956 : DP 56,1,467.
[56] Garraud, Traité théorique et pratique de droit pénal français, t.IV, 3eme ed, 1922, n°1400.
[57] Garçon, Code pénal annoté, T. I, ed sirey 1952,mis à jour par Rousselet, Patin et Ancel, art 147, n°196 et s.
[58] Donnedieu de Vabres, "Essai sur la notion de préjudice dans la théorie générale du faux documentaire", 1943, p.142 et s

[59] A. Vitu, Droit pénal spécial, éd Cujas 1982, n°1205.

absolue). Ainsi, le faux commis dans une lettre de change dont le signataire d'une acceptation est mineur,[60] ou en l'absence de date[61], demeure punissable.

En revanche, une lettre de change « *informe* », non susceptible de nuire à autrui ne peut relever du faux, tel est le cas d'une lettre de change portant seulement la signature du tireur et tirée sur un établissement imaginaire et qui ne mérite pas la qualification de titre.[62]

Les mentions obligatoires d'un billet à ordre irrégulier « *non informe* » sont substantielles. Le billet irrégulier qui ne renfermerait ni la dénomination du billet à ordre ni la clause à ordre, ne ferait seulement preuve de l'engagement contracté que conformément au droit commun des obligations.[63] Mais le vice affectant une mention obligatoire d'un billet à ordre n'aurait pas pour conséquence de paralyser la répression pénale tout comme pour ce qui a déjà été observé pour la lettre de change.

2) Le caractère substantiel d'une mention facultative

De manière traditionnelle la jurisprudence et la doctrine française considèrent que l'altération de la vérité ne constitue un faux

[60] Crim, 21 août 1812, B 194, S et P.chr D. Faux 154- Garçon, CP Ann, T I, ed 1952 , Art 147, n° 208.
[61] Crim, 18 oct 1848, B 254; S 49. 1. 202, D. 48.5.200 ; CP Ann Art 147 n° 209.
[62] Crim,15 juin 1962, B 222, R S. C.1962, p.751, obs Hugueney.

[63] Ripert et Roblot,op cit, T II p 231 n° 2114.

que lorsqu'elle affecte une mention substantielle de l'acte. La falsification doit donc porter sur une disposition substantielle de l'écrit. S'agit-il seulement des mentions obligatoires ?

Carnot[64] qualifiait uniquement de substantielles les mentions dont la présence dans l'acte est prescrite par la loi à peine de nullité. Cette vision trop restrictive fut à juste titre critiquée par Donnedieu de Vabres.[65] Pour cet auteur, Carnot établit entre la sanction civile de la nullité et la sanction pénale une corrélation injustifiée. Une mention peut avoir une portée juridique et une valeur probatoire lorsqu'elle est prévue par la loi, même si son absence n'entraîne pas la nullité de l'acte. De plus, la falsification d'une telle clause peut créer un préjudice. Garraud soutenait le contraire, mais il conférait au mot préjudice une acception beaucoup trop restreinte. Il assimilait le préjudice au dommage résultant de l'admission ou de l'exclusion d'une action en justice contre les tiers. Enfin, l'analyse de Carnot paraissait omettre que la substance d'un acte privé peut dépendre de la volonté des parties et non de la loi. Il n'est pas possible d'assimiler les dispositions substantielles aux seules formalités obligatoires. Toute disposition que la loi ou les parties ont regardée comme l'élément fondamental de l'acte doit être considérée comme substantielle.[66] C'est donc à une analyse « *in concreto* » qu'il faudra procéder à chaque fois, et s'interroger sur l'intention des parties.

---

[64] Carnot, Commentaire sur le CP, 2ème éd 1836, art 146 n°3.

[65] Donnedieu de Vabres, "La notion de document dans le faux en écritures, examen critique du système constructif français." RSC 1940, p. 171-172;
"Essai sur la notion de préjudice dans la théorie générale du faux documentaire", Sirey 1943, p 70 et s.

[66] A. Vitu, Droit pénal spécial, op cit, n° 1205.

Cependant la nature juridique de la lettre de change pose problème. S'agit-il d'un contrat ou d'un acte unilatéral ? Sur ce point, il existe de nombreuses théories. Certains expliquent le mécanisme cambiaire par la théorie de la cession de créance ou par les notions de novation et de délégation. D'autres y voient un acte unilatéral[67] ou un contrat abstrait. S'il s'agit d'un acte unilatéral, il n'est pas possible de se référer à l'intention des parties pour déterminer le caractère ou non substantiel d'une mention facultative.

La jurisprudence traditionnellement se référait à l'ancien article 147 al 4 CP relatif aux écritures publiques, l'altération de la vérité ne relève du droit pénal que si elle porte sur une mention que le document *« avait pour objet de recevoir et de constater »*.Ce critère cependant paraît vague et imprécis. Jusqu'à une période relativement récente, la jurisprudence, en application de ce critère, refusait de considérer comme substantielle la mention facultative « *valeur reçue* » ou « valeur fournie » portée sur une lettre de change. Elle considérait que le seul intérêt de la mention était d'indiquer qu'il s'agissait d'un titre à ordre. La loi du 8 février 1922 avait d'ailleurs supprimé la mention de valeur fournie, non seulement dans l'endossement, mais dans la création de la lettre de change (art 110 c com) et du billet à ordre (art 188).

Pourtant, deux arrêts de la cour d'appel de Paris en date du 18 avril 1970, confirmant partiellement deux jugements du TGI de Paris du 2 avril 1969, ont qualifié l'adjonction mensongère de la clause « valeur reçue » (afin de faciliter le réescompte de la traite), de faux en écritures alors que cette mention est purement facultative. En

[67] La théorie allemande, la « kreationstheorie » considère que le tireur s'oblige directement envers tout possesseur

l'espèce, une entreprise de construction avait tiré sur l'un de ses clients, une société x... une lettre de change en représentation de travaux commandés mais non exécutés. Le client l'ayant acceptée, la lettre de change fit l'objet d'un escompte bancaire. Mais le chef de portefeuille de la banque y apposa afin de rendre l'effet réescomptable à la Banque de France la mention « *valeur reçue en travaux exécutés* ». Malheureusement, l'entreprise de construction déposa son bilan et les travaux ne furent jamais exécutés. Le tiré, en raison de l'apposition ajoutée, se refusa à payer la lettre de change. Il déposa plainte avec constitution de partie civile pour faux et usage de faux en écritures de commerce à l'encontre du directeur de l'agence bancaire qui avait escompté les traites, et d'autre part de l'employé chargé du portefeuille. La cour d'appel de Paris s'exprima en ces termes : « *s'il est vrai que la mention de la valeur reçue n'est pas de celle qu'énumère l'article 110 c.com, et dont dépend la validité de la traite, elle n'en apparaît pas moins comme substantielle dans les rapports entre la banque de France et les banquiers escompteurs...* » La cour infirma les premiers jugements en ce qu'ils reconnaissaient un préjudice à l'égard du tiré, mais admis le préjudice causé au bénéficiaire, la Banque de France.

Ces décisions ont divisé la doctrine. Si l'on considère, comme l'avait affirmé Carnot, que seuls sont substantielles les mentions prescrites par la loi, en l'occurrence le droit cambiaire, il est aisé de comprendre la position de M M. Bouzat [68] et Vasseur.[69]Pour ces auteurs, la mention « *valeur reçue* » était « *neutre* » et « *sans influence* » sur l'obligation cambiaire. Le préjudice du tiré en l'espèce ne résultait pas de la mention surajoutée, mais de son acceptation

---

à payer le montant du titre à l'échéancepar la seule manifestation de sa volonté.

[68] P. Bouzat, RSC 1970, p.110, et 1971, p.130.

[69] TGI, Paris 2 avr 1969, D 1969 p.676 note Vasseur (absence de préjudice matériel ou moral).

imprudente. Pour M M. Gavalda[70] et Cabrillac [71] au contraire, il s'agissait bien d'une mention substantielle et préjudiciable. M. Galvada ajoute même *«... qu'il est juste et salutaire que ce douloureux coup de semonce judiciaire ait enfin alerté les milieux professionnels »*. La position de Messieurs Gavalda et Cabrillac paraît préférable. Tout d'abord parce qu'il semble impossible de tirer argument de ce que la clause « *valeur reçue* » ne fait pas partie de la substance légale de l'acte, ce que fait Bouzat; cette opinion a depuis longtemps été abandonnée par la doctrine et la jurisprudence (cf. supra). De plus si l'on se réfère aux critères dégagés par Donnedieu de Vabres,[72] la mention « *valeur reçue* » ou « *valeur fournie* » possède à la fois une valeur probatoire et une portée juridique. En effet, d'une part cette indication renseigne les porteurs successifs sur la cause de création de la traite. Si elle est illicite, il en résulte un vice apparent opposable à tous les porteurs. D'autre part, en rappelant ainsi le lien qui l'unissait au preneur, le tireur manifeste sa volonté de s'obliger cambiairement dans les termes et conditions où il était précédemment[73] (notamment au regard de garanties accessoires). Enfin, la crédibilité de la lettre de change et la sécurité du crédit réclament une telle protection.

En définitive, il serait possible de présumer le caractère substantiel des mentions facultatives contenues dans une lettre de change.[74] Cette présomption serait simple. En effet, ne peuvent être considérées comme substantielles que des dispositions susceptibles de créer un préjudice. Et, il existe une véritable présomption simple de

---

[70] Paris, 18 avril 1970, JCP 1971, ed. com Ind, II 10324, note Gavalda.
[71] Rev droit com, 1969, p.544 et s, note. Cabrillac.
[72] Donnedieu de Vabres, op cit, R.S.C 1940 p 157.
[73] Ripert et Roblot, op cit, t II, p162 n°1970.

[74] Les juristes allemands ont utilisés le concept de l'apparence juridique (Rechtsschein) pour élaborer une théorie générale des titres de crédit (Wertpapiere), considérés comme « des titres de foi publique ».

préjudice en matière de faux en écritures de commerce. Dès lors que le préjudice est présumé, le caractère substantiel des dispositions contenues dans le document, même facultatives, devrait l'être également car foi est due au titre et tout particulièrement à la lettre de change.

De même, les mentions facultatives d'un billet à ordre peuvent être substantielles. Et les mentions mensongères facultatives ne sont pénalement répréhensibles qu'à la condition d'être substantielles ; l'altération du billet à ordre doit porter sur une mention qu'il a pour vocation de recevoir, par exemple, la somme d'un « *bon pour* ».[75]Cette solution se justifie comme pour la lettre de change par l'idée de foi publique liée au titre.

§II L'interprétation téléologique pure et la valeur de titre des documents extrinsèquement crédibles

Dans le cadre d'une interprétation téléologique pure, la jurisprudence a conféré la valeur de titre à certains documents commerciaux dont la crédibilité provient essentiellement de facteurs externes au document lui-même.

[75] Crim, 12 sept. 1867, B 210; D 68.5.227, Garçon, op cit, n° 798.

La valeur de titre des papiers commerciaux extrinsèquement crédibles doit être prouvée. Comme il a déjà été remarqué à propos des papiers commerciaux intrinsèquement crédibles, certains documents vivent, prospèrent, d'autres meurent par défaut d'adéquation à la pratique (factures et bordereaux protestables). La situation paraît encore plus mouvante en matière de documents extrinsèquement crédibles. Leur crédibilité n'étant pas due essentiellement à leur forme, celle-ci peut varier en fonction de la pratique commerciale, du législateur, de la jurisprudence dans sa diversité (civile, commerciale, sociale, pénale). Cette crédibilité va donc fluctuer au gré de circonstances externes. La valeur de titre de ces documents doit donc être prouvée. Il s'agit de documents qui n'ont aucune valeur instrumentaire en eux-mêmes ; ils ne sont protégés par le droit pénal du faux que s'ils intéressent la foi publique.[76]

Des documents de « *hasard* » peuvent valoir titre. La valeur de titre des documents extrinsèquement crédibles fait l'objet d'âpres débats doctrinaux. Pour Garraud [77] et Garçon,[78] la protection d'un document par le droit pénal du faux n'existe que lorsqu'il est destiné à servir de titre pour l'acquisition, la transmission, la constatation d'un droit, d'un état ou d'une qualité. Au soutien de leurs thèses, ces auteurs évoquaient l'art. 147 al 4, mentionnant les faux commis relativement à des déclarations ou des faits que ces actes avaient « *pour objet de recevoir et de constater* ». Dans cette optique, l'accent était mis sur le rapport entre le faux et le système des preuves. Seuls pouvaient être qualifiés titre, les documents ayant valeur de preuve

[76] Y. Mayaud, le mensonge en droit pénal, Thèse Lyon, 1976, n° 113 p 86.

[77] Garraud, Traité théorique et pratique du droit pénal français, 3 eme éd., 6 tomes 1913 à 1935, n° 1364 et s.

[78] Garçon, op cit, art. 145 à 147, n° 174 et s.

préconstituée. Cette vision paraissait beaucoup trop restrictive, ce qui poussa certains auteurs comme Donnedieu de Vabres[79] à distinguer les documents « *d'origine* » et de « *hasard* ».[80] Il ne reniait pas le lien étroit qui réunit le faux et le système de preuves. Mais il admit que des documents non initialement destinés à servir de preuve (les documents de hasard) soient protégés par le droit pénal du faux en écritures. Des circonstances ultérieures pouvaient leur conférer une valeur probatoire. A l'appui de cette théorie, il faut noter que l'article 147 al 2 retenait la contrefaçon et l'altération d'écritures ou de signatures comme constitutifs de faux en écritures sans exiger qu'il s'agisse de documents d'origine.[81] La jurisprudence a rapidement admis que des documents de « *hasard* » possèdent une valeur de titre. Ainsi, des documents mensongers ont fait l'objet de condamnation pour faux en écritures de commerce tels que:

-des livres de commerces facultatifs (cf infra).

-des documents commerciaux non obligatoires.

- des lettres commerciales.[82]

- un télégramme.[83]

- une photocopie falsifiée d'un reçu (produite devant le tribunal de commerce).[84]

---

[79] Donnedieu de Vabres, "la notion de document...", RSC, 1940, p 157.
[80] La doctrine allemande parle de "Beweisbestimmung", (destination de la preuve) et de "Beweiseignung" (aptitude à la preuve) (Maurach, Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, p 374).
[81] A. Vitu, op cit n° 1202.
[82] Crim, 30 mars 1916, B 76, Garçon, op cit, n° 840.
[83] Crim, 6 juill. 1883, S 1885 - 1 - 331.
[84] Crim, 25 janv. 1967, B 46.
Crim, 19 avr. 1958, B 561, pour un duplicata de facture.

En revanche, des mémoires, décomptes ou factures présentés pour se faire payer des fournitures, travaux, n'ont aucune valeur probatoire, car ces documents constituent des prétentions à vérifier et non des titres.[85] Ils ne possèdent pas même la valeur d'attestation ou de certificat mentionné par l'article art 441-7 du Code pénal actuel (Anc. art. 161 al 4) lorsqu'ils sont établis par leur auteur, dans un seul intérêt personnel. Ils n'auraient valeur de titre qu'à la condition d'être accompagnés de pièces falsifiées ayant pour objet d'accréditer les informations contenues dans ces documents.[86]

L'expression « *document comptable* » est à la fois très vague et très large, il s'agit de toutes les pièces qui font foi des écritures passées. Les obligations comptables relèvent de divers textes. Il faut citer:

- les articles L 123-12 et suivants du Code de commerce (J.O 21 sept. 2000).

- des dispositions relatives aux sociétés (Art L. 210-1 et s. C. com).

- des textes relatifs à la banqueroute : Art L.626-1 et s. C. com, (Anc. L. n°85-98, 25 janv. 1985, art 196 et s.).

- de nombreuses règles fiscales.[87]

La loi n° 85-11 du 3 janvier 1985 insérée dans le code des sociétés utilise la notion de consolidation des comptes. L' établissement des comptes doit être réalisé non seulement à l'échelon de chaque société d'un groupe, mais également au niveau du groupe lui

[85] Crim, 7 mars 1972, RSC 1972. 623 obs Bouzat et 865 obs A. Vitu.
[86] Crim, 25 avr. 1912, B 225.
[87] - Dict permanent droit des affaires, voir « comptabilité de l'entreprise », feuillet 141 (15 avril 1996).

même et traduire la réalité économique et financière de l'ensemble. Les comptes consolidés comprennent le bilan, un compte de résultat, et une annexe. L'abstention d'établissement des comptes consolidés peut entraîner la condamnation pénale des dirigeants du groupe (art 481 al 4 loi du 24 juillet 1966).

Aujourd'hui, il est possible de penser que certains documents comptables sont polyvalents. Les factures sont désormais non seulement des documents comptables, mais également des moyens de paiement et même des moyens de crédit.[88] D'autres documents conservent uniquement une vocation comptable comme par exemple un bilan. Il existe donc des documents comptables ayant des rôles juridiques polyvalents (A), et des documents comptables ayant un rôle juridique unique (B).

A) Les documents comptables ayant des rôles juridiques polyvalents

Parmi les documents ayant des rôles juridiques polyvalents, on compte : les factures entre commerçants 1) et les factures « *affacturées* » 2) , c'est à dire liées à une opération d'affacturage.

[88] R. Savatier, la facture et la polyvalence de ses rôles juridiques en droit contemporain, R.T.D.Com 1973 p 1 et s.

1) les factures entre commerçants

D'une façon générale, la facture est un état détaillé indiquant la quantité, la nature et le prix des marchandises cédées ou des travaux effectués. Ce mot recouvre pourtant des réalités biens différentes. Tantôt La facture n'apparaît que comme un document comptable, tantôt, il s'agit d'un véritable moyen de crédit.

La crédibilité des factures en tant que document comptable est due à la pratique commerciale et à l'évolution législative. Traditionnellement, la jurisprudence refusait de conférer aux factures la valeur de titre, ces écrits étant sujets à vérification; une simple majoration par exemple ne pouvait entraîner la qualification de faux. Pour qu'une facture ait valeur de titre, elle doit être accompagnée de vérifications ou de certifications des chiffres par un tiers, ou de pièces justificatives jointes aux décomptes.[89] La crédibilité des factures entre commerçants a cependant été affirmée par un arrêt de la chambre criminelle du 3 fév. 1970. Ce qui témoigne de l'interprétation téléologique à laquelle se rattache la jurisprudence contemporaine. Selon cet arrêt, une « *facture est une écriture de commerce* »; en cas de procès entre commerçants, elle forme « *sinon un titre parfait, du moins, une présomption laissée à la prudence des juges* ».[90]

[89] Crim, 28 oct. 1886, B 356 ; Crim, 25 avr 1912, B 225 ; 28 juin 1939, B 139 ; Garçon, op cit, Art 147 n° 836 , 870 et s.
[90] Crim, 3 févr. 1970, B 47 ; D 1970 som 141.

Cette jurisprudence s'inscrit dans la logique des choses en conformité avec le contexte juridique.[91] Dès 1872, un acheteur qui ne réagissait pas au reçu d'une facture, était présumé en accepter le contenu.[92] L'ordonnance du 30 juin 1945 n ° 45- 1483 (art. 46 et s) obligeait déjà les commerçants et les industriels à dresser des factures pour les besoins de leurs exploitations. A l'origine, l'ordonnance était destinée à faciliter la constatation des infractions en matière de prix, mais a eu pour conséquence de faire des factures, des documents probatoires de première importance. L'ordonnance du 28 septembre 1967, en créant les factures et bordereaux protestables (supra), conférait à ces documents la crédibilité d'effets de commerce ; et l'absence de refus ou de réserves après réception d'une facture protestable par un commerçant, empêchait toute contestation de celle-ci.[93] Plus récemment, l'obligation de facturation entre commerçants a été pénalement sanctionnée par l'art. L. 441-3 (Anc. Ord. N°86-1243, 1er déc. 1986, art. 31, al. 1 à 4).[94] Le législateur a donc conféré aux factures une signification probatoire importante. Ce conformisme est parfois considéré comme excessif par les professionnels, mais il a pour contrepartie de conférer à la facture une grande crédibilité et de sécuriser les rapports commerciaux.[95] La facture, forte de cette crédibilité renforcée est devenue en près de 25 ans, l'outil privilégié de détection des atteintes à la sincérité en droit pénal des affaires, loin

[91] Crim, 3 févr. 1970, RSC 1970, p 862 et s, obs A.Vitu.
[92] Req, 18 juin 1872, D 1873. 1. 128; Com 19 juin 1958, B civ, 1958, III n° 216 .
Barraud "de l'acceptation des factures par le silence", Ann dr comm 1913. 347 et s, et « Essai sur le rôle du silence créateur d'obligations »,Th Dijon 1912.
[93] J. Becqué, M. Cabrillac et J.C. Rives-Lange « les factures et les bordereaux protestables » JCP 1968. I. 2131 n°16.
[94] P. Gauthier et B. Lauret, Droit pénal des affaires, 1997 ed eco. p 253 et s.
[95] Crim, 3 février 1970, RSC 1970, p 862 et s, A. Vitu.

devant d'autres documents commerciaux.[96] La nouvelle définition du faux ne devrait que confirmer cette tendance.[97] En somme, la jurisprudence, n'a fait « *qu'établir une corrélation* » [98] entre le système du faux et le système de preuve en matière commerciale.

Les factures comptables ne doivent pas être confondues avec les factures pro-forma. Ces dernières établissent le prix d'une marchandise ou d'un service. Remises au client avant la livraison, elles lui permettent de réaliser les formalités nécessaires avant son acquisition (par exemple des autorisations administratives pour le marché intérieur ou extérieur).[99] Il s'agit d'un document provisoire destiné à être remplacé par une facture définitive et n'ayant aucun caractère contractuel.[100]

Selon la jurisprudence, la falsification de ce document ne relève pas du faux en écriture, mais du délit de fabrication ou d'usage d'attestations inexactes puni par l'ancien article 161 du code pénal[101] (art. 441 - 7 Code pénal actuel). Ces arrêts précisent que l'écrit désigné sous le nom de facture pro-forma ne constitue pas une facture en dépit de la terminologie utilisée. Il s'agit en réalité d'une véritable attestation destinée à être communiquée à un tiers afin d'obtenir de lui, certains avantages.[102] La facture pro-forma n'apparaît donc pas comme un

---

[96] Depuis 1984 sur l'ensemble des affaires relatives au faux, traitées par la chambre criminelle et rapportées au CD. ROM Lexilaser 9% concernaient des factures et 0,6% seulement des lettres de change.
[97] Crim, 30 mars 1992, RSC 1993, p 549 note approbative P. Bouzat ; Crim, 19 sept 1995, RDP 1996, n° 34 obs Véron.
[98] J. Djoudi, « les fausses factures et le délit de faux », RSC 1996, p 357 et s.
[99] Dict perm. droit des affaires, 1995 voir à facture n° 7.
[100] Cass com, 3 mai 1984, JCP 1984 , IV, 222.
[101] Paris, 20 nov 1962, D 1963, Som 59.
Crim, 11 mai 1964, B 158.
[102] Y. Mayaud, op cit, p 77,
J. Larguier et Ph Conte, Droit pénal des affaires, 10eme ed 2001, p 249 et s..

document ayant une signification probatoire suffisamment importante pour valoir titre.

Avec raison, D. Thomas [103] est d'avis que la facture définitive et la facture pro-forma sont de natures différentes. En effet, La facture située dans un contexte contractuel se révèle être « *une suite du contrat* ». La facture pro-forma, au contraire, n'est accompagnée d'aucun acte d'exécution du contrat (ex. la livraison de la chose). Selon l'auteur, « *l'acceptation de la facture pro-forma est trop équivoque pour traduire la volonté du client de contracter...* » La crédibilité des factures pro-forma paraît insuffisante pour pouvoir leur conférer une valeur de titre même si la définition du faux est élargie par le nouveau code pénal. L'interprétation téléologique ne permet pas de conférer à ce type de facture une autre valeur. Il ne peut s'agir que d'attestations ou de certificats. Notons que la répression des attestations mensongères a été sensiblement atténuée dans le Code pénal actuel (tout comme pour le faux en écritures). Ce délit autrefois punissable de deux ans d'emprisonnement, ne l'est plus que d'un an (art. 441 - 7).

2) les factures « affacturées »

La crédibilité des factures liées à une opération d'affacturage est due au contrôle de l'affactureur. Il convient de mentionner l'émergence de la technique de l'affacturage (ou factoring). Importée des États-Unis,

[103] D. Thomas. , « la facture pro-forma », Rev trim dr com, 1977, p 671, n° 19 et s.

elle permet d'obtenir du crédit à court terme. L'affactureur (le factor) règle à son client le montant des factures que celui- ci détient sur ses débiteurs. L'affactureur (ou factor) se charge de recouvrer le montant des factures. Généralement une clause d'exclusivité contraint le client à remettre toutes ses factures à l'affactureur afin d'éviter que le client recouvre directement les créances certaines en économisant la commission d'affacturage. Par contre l'affactureur se réserve la faculté de rejeter certaines factures dont le recouvrement est trop incertain. L'affactureur aura la qualité de mandataire de son client et lui ouvre un compte courant alimenté par les remises réciproques des parties. Ces factures[104] « *affacturées* » paraissent encore plus crédibles que les factures ordinaires entre commerçants car elles passent par le filtre de l'affactureur. Celui-ci n'a en effet aucun intérêt à recevoir des factures douteuses dont le recouvrement serait incertain. La valeur de titre de ces documents paraît indiscutable. Leur vocation à fournir du crédit à court terme les rapproche même des effets de commerce. Conformément à une interprétation téléologique pure, le caractère mensonger des mentions contenues dans ce titre relève du faux en écritures.

[104] Ripert et Roblot, op cit, T II, p 4210 n°2400. Gavalda, Perspectives et réalités juridiques de la convention dite d'affacturage, JCP 1989, ed E. 15 579;
Bourland, Banque 1977, 1078 « l'affacturage ».
Stoullig, « 25 ans d'affacturage en France », Banque 1990, 593.

B) les documents comptables ayant un rôle juridique unique

Les documents comptables ayant un rôle juridique unique se composent essentiellement des livres de commerce 1) et du bilan 2).

1) Les livres de commerce

L'appellation « *livres de commerce* » a été remplacée par la notion de « *documents comptables* » dans la loi n° 83-353 du 30 avril 1983 (art 8 ancien code de commerce). L'article L. 123-12 du nouveau Code de commerce[105] reprend l'ancien article 8. La jurisprudence et la doctrine pénales continuent cependant d'utiliser la première expression. Les livres de commerce se subdivisent en livres obligatoires et livres facultatifs.

Les livres obligatoires se composent de livres généraux et de livres spéciaux. Les premiers sont obligatoires pour tous (commerçant ou sociétés commerciales) et les seconds sont obligatoires seulement pour certaines professions commerciales.

Parmi les livres obligatoires généraux [106] qui intéressent le droit pénal du faux on compte:

- le livre journal qui enregistre les opérations affectant le patrimoine de l'entreprise au jour le jour.

[105] La loi n° 99-1071 du 16 décembre 1999 habilita le Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption législative de certains codes, dont le Code de commerce. C'est l'objet même de l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000.

[106] Notons la disparition de l'obligation de tenir un registre de copie de lettres depuis un décret du 22 sept 1953.

- le grand livre servant à l'ouverture et au suivi des comptes, les écritures du livre journal y sont portées.

- le livre d'inventaire permettant de relever les éléments d'actif et de passif à une date donnée.

L'article L. 123-12 C.com prévoit l'obligation de : « *contrôler par inventaire au moins une fois tous les douze mois, l'existence et la valeur des éléments actifs et passifs du patrimoine de l'entreprise* ».

Les livres obligatoires spéciaux concernent seulement certaines professions, les brocanteurs (Loi 30 nov. 1987), les commissionnaires de transport (Art L. 132-9 C.com), les changeurs (loi 1er août 1917), les agents immobiliers (loi 2 janvier 1970).

La crédibilité de ces documents est telle qu'ils relèvent sans difficulté du droit pénal du faux. Cependant ils ne valent pas titre par eux-même, ils ne possèdent qu'une valeur extrinsèque de crédibilité. Y. Mayaud souligne avec justesse leur valeur probatoire limitée « *la jurisprudence fidèle au principe de la liberté des preuves, ne leur donne aucune valeur probatoire absolue* ».[107] D'ailleurs, conformément à l'Article 1329 c.civ ces livres ne font pas preuve contre les personnes non commerçantes. De plus, le juge conserve toute liberté pour refuser d'y trouver la preuve des prétentions alléguées même entre commerçants.[108] Leur valeur de titre doit être prouvée, car ils sont soumis à des régimes divers, complexes et fluctuants. Le commerçant est

[107] Y. Mayaud, op cit, n°115, p 86 et 87.
[108] Art 12 C com.

tenu de respecter divers obligations telles que celles de régularité, de sincérité, de fidélité de l'image comptable [109] (Art. L. 123-13 Code com) de prudence (Art L. 123-20 C. com). Mais il n'existe pas de vérité comptable absolue. De plus, ces documents ne sont pas soumis à un formalisme comparable à celui du droit cambiaire.

Cependant, leur valeur de titre est établie plus aisément que celle des livres facultatifs, puisqu'ils relèvent d'une obligation légale. Ainsi, le registre des brocanteurs,[110] le registre des mandats d'un agent immobilier ont pu faire l'objet de faux en écritures de commerce. Cette crédibilité élevée a permis d'appliquer les peines de faux aux affirmations mensongères contenues dans un livre obligatoire irrégulièrement tenu.[111]

Quant à elle, la crédibilité des livres facultatifs est due à la pratique commerciale. L'ancien article 8 C.com (antérieur à la loi n°83-353 du 30 avril 1983) précisait cependant qu'un commerçant pouvait avoir « *d'autres livres usités dans le commerce, mais qui ne sont pas indispensables* ». Il apparaît impossible d'en donner une liste exhaustive. La cour de cassation depuis le XIX eme siècle en a abandonné la détermination à la prudence des juges; ceux-ci ayant recours à la méthode téléologique pure. Citons par exemple le « *livre brouillard* » brouillon destiné à être reproduit sur le livre journal, les livres auxiliaires tels qu'échéanciers, livres de caisse, registres... etc. Mais dès lors que leur valeur de titre est établie, ces documents peuvent

---

Cass req 12 juil 1939, DH 1939- 479; Com 18 mars 1969, D 1969 - 514.

[109] « True and fair View » chez les Anglo-Saxons

[110] Crim, 28 oct 1985 : B 327.

[111] Crim, 22 mars 1862, 15 mai 1862 et Cass ch réunies 22 juill 1862. DP 62, 1, 380.
Juris classeur pénal, Faux, Fasc 4, par W. Jeandidier.

faire l'objet de faux en écritures de commerce.[112] Cette valeur ressort de l'obligation de pur fait qui s'attache à leur rédaction.[113]

La jurisprudence a d'ailleurs clairement affirmé que « *les livres de commerce, aussi bien les livres dont la tenue est obligatoire que facultative, sont des écritures de commerce au sens de l'article 150 CP* ».[114] Cette jurisprudence est toujours d'actualité malgré la rédaction de l'article 441-1 du Code pénal actuel qui ne mentionne plus expressément le faux en écritures de commerce. Il ne semble pourtant pas possible d'un point de vue probatoire, de pouvoir accorder la même valeur de crédibilité aux livres facultatifs qu'aux livres obligatoires. La crédibilité des premiers n'est due qu'à la pratique commerciale, celle des seconds au législateur.

[112]Crim, 13 mars 1968, RSC 1968, 620, obs A. Vitu.
[113] Y. Mayaud, op cit, n°115, p 87.
[114]Crim, 13 mars 1968, B 87; D 1968- 363; JCP 1968 - IV - 69; RSC 1968, p 642 obs Bouzat.

2) Le bilan

La crédibilité du bilan est liée à son contrôle. Contrairement à l'inventaire, le bilan était assimilé au XIX eme siècle à un « *exposé de situation ne donnant naissance à aucun droit, à aucune action contre les tiers* ».[115] E . Garçon [116] et R. Garraud [117] approuvaient cette analyse. H. Donnedieu de Vabres [118] puis Garçon[119] lui même, reviendront sur cette position. Le bilan est soumis aux assemblées générales, il est contrôlé par le commissaire aux comptes, il permet d'établir le montant des dividendes distribués et de constituer des réserves. La confiance qui s'attache à ce document est telle que diverses dispositions pénales incriminent spécialement sa falsification (présentation ou publication de bilan inexact, distribution de dividendes fictifs, banqueroute, cf Infra).

Un arrêt de la Chambre criminelle du 13 mars 1968 [120] en déclarant que le bilan d'une entreprise commerciale est une écriture de commerce a consacré sa crédibilité. Cette décision mérite d'être approuvée, le bilan est devenu l'instrument comptable privilégié permettant d'évaluer la situation économique d'une entreprise. Il est fait ici une exacte application de la méthode téléologique pure. Désormais, le bilan rendu volontairement inexact dont l'utilisation est susceptible de nuire à autrui est un faux en écriture de commerce. J.P. Doucet cependant estimait à la suite de cet arrêt que la qualification de

[115]Crim, 14 juin 1873, S, 1873 . 1 . 427; D, 1874.1. 41; 22 juin 1928, Sem Jur 1928. 1200;
Paris, 31 janv 1905, D, 1905.2.377.
A. Vitu, op cit, Droit pen spc, n° 1199.
[116]Garçon, C. pén. ann., T.I, 1er ed. 1901-1906, art 147, n°687.
[117]Garraud, op cit, n°1365.
[118]Donnedieu de Vabres, « Essai sur la notion de préjudice... », op cit, 1943, p 97.
[119]Garçon, C.pén. ann, T. I, 2èm ed 1952, op cit, art 147, n°751.

[120]Crim, 13 mars 1968, D. 1968. 363. , R.S.C. 1968, 620 obs A. Vitu.

faux risquait d'entrer en concurrence avec celle de présentation ou de publication de comptes annuels inexacts et même avec celle d'escroquerie. L'auteur en profitait pour fustiger cet « *imbroglio législatif tout à fait regrettable* ». Il faisait remarquer avec clairvoyance « *qu' une législation aussi anarchique n'est pas faite pour faciliter la tâche des praticiens* ».[121] Aujourd'hui pourtant, la crédibilité et la valeur de titre du bilan paraissent incontestable. Il est expressément mentionné par l'article L. 123-12 du Code de commerce[122] et l'élargissement de la définition du faux dans le Code pénal actuel va en ce sens.

Ainsi la méthode téléologique a permis d'étendre le domaine de la répression aux faux commis dans des actes dont la valeur de titre était discutée, mais il n'était pas possible d'aller plus loin et de faire appel aux méthodes supra- téléologique et infra- analogique. Ces méthodes ont pourtant été utilisées. Il est possible de le constater au travers des papiers commerciaux et de la jurisprudence relative aux conditions préalables à la réalisation de certaines infractions, comme le faux en écritures ou l'abus de confiance.

[121] Trib Corr Paris, 18 fév 1983, GP. 1983,2, som 341.

[122] Selon l'article L. 123-12 C com. : « Ces comptes annuels comprennent le bilan, le compte de résultat et une annexe, qui forment un tout indissociable »

Section II: Les exagérations de l'interprétation jurisprudentielle

Au sein de l'interprétation jurisprudentielle, il convient de distinguer des degrés. L'interprétation infra-analogique est plus proche du raisonnement analogique pur que ne l'est l'interprétation supra-téléologique (cf introduction).

§I L'interprétation supra- téléologique et la valeur de titre de certains « papiers commerciaux » extrinsèquement crédibles

Une part de la responsabilité de cette interprétation supra-téléologique, abusivement large, incombe au législateur qui n'a pas défini en termes suffisamment clairs et précis certaines notions, celle de titre en est un exemple. Ce terme relativement imprécis a permis d'appliquer la qualification de faux en écritures de commerces à des mensonges commis dans des documents unilatéraux qui ne possédait en

réalité tout au plus qu'une valeur de certificat ou d'attestation comme certains documents sociaux(A et B) ou comme le bordereau Dailly (C).

A) La valeur de titre des PV d'assemblées ou de conseils d'administration et la présomption de préjudice

Depuis quelques années, on constate un développement du contentieux lié aux documents sociaux. Trois raisons peuvent expliquer le phénomène. Tout d'abord, il existe dans les milieux d'affaires une habitude qui consiste à prendre des décisions importantes par téléphone sans réunion proprement dite. Certains actionnaires peuvent se sentir lésés par de telles méthodes. Ensuite, il apparaît difficile de contester la régularité de la tenue d'une assemblée générale ou la validité de votes émis par des moyens purement civils. Enfin, la voie pénale permet d'obtenir une réparation morale et pécuniaire du dommage. Dès lors, doit- on considérer que les P.V. des conseils d'administration ou

d'assemblées valent titre? Pour le savoir, il faut répondre à une autre question, ces écrits sont-ils de nature à causer un préjudice à autrui? Si oui, il est possible de penser qu'ils valent titre. Il convient de rappeler qu'un mensonge, pour être constitutif de faux doit non seulement nuire à la foi publique et au sentiment général de confiance qui s'attache aux actes écrits,[123] mais aussi au patrimoine ou à l'honneur soit du signataire de l'écrit soit de celui à qui il est opposé. Les documents dont l'altération n'est susceptible de causer aucun préjudice n'ont aucune valeur probatoire et ne valent pas titre. Mais le préjudice peut n'être qu'éventuel. La cour de cassation reconnaît traditionnellement le caractère par nature préjudiciable des falsifications réalisées dans les effets de commerce.

Cela peut se justifier, car il sera très difficile d'établir un faux (surtout intellectuel) en raison des rigueurs du droit cambiaire. L'interprétation est ici téléologique pure, et permet d'adapter le droit pénal au droit cambiaire. Mais s'agissant des P.V. n'est-il pas abusif de présumer l'existence d'un préjudice, comme l'a fait la cour de cassation dans un arrêt du 16 mars 1970[124] ? Cette présomption ne devrait être reconnue qu'en ce qui concerne les documents intrinsèquement crédibles. La cour semble ici faire preuve d'une interprétation supra-téléologique allant au delà de la volonté du législateur en conférant la même valeur de crédibilité à un P.V. d'assemblée qu'à un effet de commerce. Cette opinion est partagée par le Professeur B.Bouloc.[125] D'ailleurs, le caractère préjudiciable de l'altération ne serait pas difficile à rapporter. Il suffirait de prouver que l'altération porte atteinte au patrimoine de la société. Tout au plus les associés

[123] Donnedieu de Vabres,op cit, La notion de préjudice dans la théorie générale du faux documentaire, p 42 et 48
[124] Crim, 16 mars 1970 Rev soc, 1970, p 480; J.C.P. 1971.II.16813
[125] Crim, 21 mars 1972, Rev Soc 1972 p 732 et s. obs B.Bouloc.

pourraient- ils ne pas obtenir de dommages et intérêts. La cour de cassation a semblé cependant revenir à une formulation plus conforme au principe d'interprétation téléologique en précisant la nature du préjudice au moins éventuel subi, par exemple en affirmant que la « *falsification des documents met en cause la validité des décisions apparemment prises* »,[126] un autre arrêt du 17 mars 1977 mentionne expressément le mot préjudice: « ... *duquel est résulté un préjudice* ».[127]

B) Le rapport du commissaire aux comptes comportant une fausse date

Les commissaires aux comptes ont pour mission de vérifier les livres et les valeurs de la société et de contrôler la régularité et la sincérité des comptes sociaux (art L 225-235 C. com). Un rapport relatif à cette mission de contrôle doit être présenté aux assemblées générales ordinaires. Ce rapport peut être communiqué aux actionnaires dans un délai de 15 jours précédent la réunion de l'assemblée. Ce rapport constitue- t-il un titre, et sa falsification peut- elle entraîner la qualification de faux en écritures?

[126] Crim, 21 mars 1972, précité

[127] Crim 17 mars 1977 B.103

Pour répondre à cette question il faut tout d'abord savoir si le rapport du commissaire est conforme à la définition du mot titre: écrit pouvant servir de base à l'exercice d'un droit ou d'une action en justice. Il semble plutôt que l'on a affaire à un acte juridique unilatéral. Il n'est le produit que d'une seule volonté, celle du commissaire aux comptes. Bien que digne de confiance, le commissaire aux comptes n' est pas infaillible il peut commettre des erreurs, son rapport peut être discuté. D'ailleurs une analyse comptable peut apparaître subjective et varier selon les méthodes utilisées, les critères de calcul, voire la personnalité de l'analyste. Un auteur comme B. Bouloc[128] soutient qu'il ne fait pas foi par lui-même pas plus qu' une lettre missive, un duplicata de facture ou un relevé de compte. Or, des déclarations unilatérales mêmes mensongères et préjudiciables à autrui ne peuvent constituer un faux punissable.[129]

Pourtant, un arrêt de la chambre criminelle du 12 janvier 1981 a au prix d'une interprétation supra- téléologique audacieuse conféré la valeur de titre à ce rapport. En effet, la chambre criminelle a estimé qu'un rapport du commissaire aux comptes comportant une date fausse était un faux en écritures de commerce. Cette décision peut paraître doublement contestable. Tout d'abord, comme il vient d'être observé, la valeur de titre du rapport du commissaire aux comptes n'est pas certaine. Ensuite, la datation du rapport n'est pas obligatoire au terme de la loi et du décret. la cour d'appel de Paris a estimé que cette obligation résultait de l'ensemble du dispositif légal et même constituait un usage constant. la capacité maximale d'extension du domaine d'application du faux en écritures semble ici dépassée. Le fait d'indiquer une fausse date dans un tel document peut paraître objectivement répréhensible. Mais dans le

[128] Crim, 12 janv 1981, B n°10, R Soc 1981, p 612 et S note Bouloc.
[129] Zoussmann, Rép. Dalloz Dr. Pén, 2eme éd, v° faux en écritures, n°27 et s; Crim 7 fev 1962 B. 84; Crim 23 nov 1972, B.357.

cadre du respect d'interprétation stricte de la norme pénale, il aurait mieux valu ne retenir contre le commissaire aux comptes que le délit de confirmation d'indications mensongères prévu par l'article L. 242-27 C. com.

C) Les factures jointes à l'appui de bordereaux de la loi Dailly

Une entreprise cliente demanderesse de crédit peut céder à son banquier les créances qu'elle détient sur un tiers dans l'exercice de son activité professionnelle. Ces créances se présentent sous la forme simplifiée d'un bordereau répertoriant les créances cédées (loi Dailly du 2 janvier 1981 et L. 24 janvier 1984). Ces bordereaux valent-ils titre, et le cédant d'une créance fictive est-il l'auteur d'un faux en écritures de commerce? Il a pu être constaté que la jurisprudence ne confère la

valeur de titre qu'aux documents « *destinés ou aptes à établir la preuve d'un droit ou d'un fait entraînant des conséquences juridiques* ». Or le bordereau n'est ni apte, ni destiné à établir la preuve de l'existence de la créance cédée. En effet, tout d'abord il ne concerne que les rapports entre le cédant et le cessionnaire, le débiteur cédé demeurant un tiers à l'opération. Ensuite, dans les rapports entre le cédant et le cessionnaire, il n'a pas pour objet de démontrer l'existence d'une créance. Celle-ci est présumée, elle repose sur la confiance entre les parties. Le bordereau contient le cachet et la signature du cédant, qui désigne le débiteur cédé. La banque cessionnaire y appose sa désignation et la date de la transmission. Ce document a essentiellement pour objet de prouver la transmission d'une créance et non sa réalité. Cette opinion est partagée par Mme Koering-joulin. [130] On pourrait tout au plus reconnaître à ce document la valeur d'un certificat ou d'une attestation. L'utilisation de ces créances fictives, devrait plutôt relever de la qualification d'escroquerie.[131]

La jurisprudence cependant, a admis que des factures jointes à l'appui de bordereaux Dailly possédaient la valeur de titre.[132] Cette solution paraît contestable car elle s'inscrit dans le courant d'interprétation supra- téléologique.

En effet, conformément à la définition du titre (art 441-1 du Code pénal actuel) le document qui se borne à exposer une prétention ne constitue pas le titre nécessaire à l'existence du faux punissable. Il en va ainsi des notes, factures entre non commerçants,

---

[130] R. Koering-Joulin, «La Cession Dailly de créances fictives est-elle pénalement répréhensible ? » Mélanges A. Vitu, ed Cujas 1989, p 277.

[131] J. Djoudi, « Les fausses factures et le délit de faux », RSC 1996, p 357.

[132] Crim, 30 mars 1992, B 132 - D 1994 , som 157, obs G. Roujou de Boubée.

mémoires qui sont par leur nature soumis à discussion et à vérification. Or, seules les factures entre commerçants possèdent la valeur de titre, car les facturations sont obligatoires entre commerçant. Dans ce cas il est fait un usage parfaitement justifié de l'interprétation téléologique. Mais dans l'hypothèse considérée, il s'agit de la présentation d'une facture d'un commerçant à son banquier accompagnée de bordereaux Dailly. Ces documents ne sont pas destinés à prouver l'existence d'une créance, mais simplement à attester de son transfert. Aussi, le courant jurisprudentiel actuel qui tend à conférer la valeur de titre aux documents destinés à justifier des transferts de fonds[133] ne doit- il pas être approuvé au regard du principe d'interprétation stricte de la loi pénale. Il s'agit d'une interprétation supra- téléologique qui va au- delà de l'esprit du texte.

[133] Crim 5 av 1993, B 144.

§II L'interprétation infra- analogique et la découverte d'un contrat de mandat au travers des documents comptables

L'interprétation infra- analogique fut employée en matière d'abus de confiance. Il est possible de s'en apercevoir à travers de la technique des doubles qualifications (A), la doctrine a mis en lumière cette dérive en adoptant une conception institutionnelle de l'entreprise à travers des documents comptables (B). On ne peut cependant pas parler d'analogie pure. Car dans notre ordonnancement juridique, les garde-fous existent comme le contrôle de la cour de cassation qui demeure fidèle au principe « *nullum crimen sine lege* ».[134]

[134] Crim, 19 mars 1831, S, 1831.1.115; 3 fev 1898, S, 1900.1.102; 5 fev 1921, S, 1922.1.239; 3 août 1934, B, 155; 16 oct 1957, B, 637; 7 mai 1969, B, 158, D, 1969;481, RSC, 1969. 877.

A) La technique des doubles qualifications

L'ancien article 408 C.P. comprenait une liste légale des contrats susceptibles d'entraîner la qualification d'abus de confiance parmi lesquels le contrat de mandat. Ce mandat n'est pas obligatoirement donné de manière expresse. Dans certains cas, ce sont des papiers commerciaux qui vont permettre d'établir l'existence d'un mandat tacite. Ainsi, celui auquel on confie une lettre de change ou un billet à ordre, et qui a pour mission d'en obtenir le paiement est un véritable mandataire. Il commet certainement un abus de confiance en détournant les fonds, dont la propriété passe directement du solvens au mandant. Mais l'associé qui détourne de l'argent de la société au préjudice d'autres associés en effectuant des manipulations comptables est-il un mandataire?

On est tenté de répondre par la négative. Pour que l'ancien article 408 soit applicable, il aurait fallu retrouver un mandat dans les actes de gestion de l'associé. Or le code civil définit le mandat comme un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom (C.civ art 1984). L'associé et particulièrement le gérant d'une société en commandite relève t-il de cette hypothèse? Nullement, car comme le souligne R. Leinster,[135] il n'agit pas uniquement pour les autres associés et en leur nom, c'est surtout pour son compte qu'il agit. Il est copropriétaire et

[135] R. Leinster, « Efficacité et imperfection de l'incrimination d'abus de confiance dans le droit pénal des affaires », Thèse Nancy II 1980p 53.

ses malversations comptables ne devraient pouvoir donner lieu qu'à une action civile.[136]

Dans un premier temps, telle fut l'interprétation de la cour de cassation qui estimait que la situation d'associé était incompatible avec celle de mandataire.[137] Il pouvait cependant paraître choquant que des détournements réalisés par un associé au moyen de manipulations comptables ne puissent pas faire l'objet d'une répression pénale.

Aussi dans un second temps, la jurisprudence s'est-elle efforcée de mettre en oeuvre ce que Mme Delmas- Marty[138] qualifie de technique des « *doubles qualifications* ». Il s'agit de faire apparaître derrière un contrat à première vue exclu de l'article 408 un second contrat compris dans la liste légale. D'une manière tout à fait artificielle mais approuvée par la majorité des auteurs, la jurisprudence a découvert, derrière un contrat de société exclu de la liste légale, un contrat de mandat quant à lui inclus dans cette liste.[139] Dès lors, l'associé considéré comme mandataire de ses co- associés qui par des jeux d'écritures détournait de l'argent au préjudice de la société pouvait encourir les peines de l'abus de confiance. La solution fut étendue à la plupart des sociétés civiles et commerciales et même aux associations déclarées ou non, aux syndicats et même aux sociétés de fait.[140] Certaines juridictions tentèrent de résister en refusant de voir dans l'administration de la société un contrat de mandat car « *les choses ainsi remises à l'administrateur ne l'étaient pas pour en faire un usage*

[136] Garraud, op cit,T IV, n°2637
[137] Cass 15 janv 1842, 542, 1, 362
[138] M. Delmas- Marty, « Droit pénal des affaires » T II, 3eme ed 1990 p 39 et s.
[139] Cass; 8 aout 1845, S 1846, 1, 59; 31 juill 1851, S.52,1,286.
[140] Garraud, op cit, T IV, n°2637.

déterminé ». Mais ces arrêts furent cassés[141] par la chambre criminelle au motif que le mandataire d'une société a pour devoir d'employer les biens de cette société dans un intérêt social.

Le dernier stade de l'évolution jurisprudentielle paraît tout aussi contestable. En effet, la jurisprudence a estimé que les détournements comptables réalisés par un associé dans une société en participation pouvaient être réprimés au moyen de l'incrimination d'abus de confiance.[142] Or l'assimilation du contrat de société en participation au contrat de mandat paraît réellement abusive. Dans ce cas la société n'existe que dans les rapports entre associés; lorsqu'ils agissent vis à vis des tiers, ils le font en leur propre nom. Il paraît impossible de déceler derrière le contrat de société en participation un quelconque contrat de mandat. La théorie de l'associé- mandataire ne permet pas d'expliquer cette jurisprudence pourtant bien établie.[143]

La cour de cassation, au moyen de la technique des doubles qualifications a donc bel et bien procédé à une interprétation infra-analogique.

Afin de s'opposer à cette interprétation infra- analogique, le législateur a abandonné la liste limitative de l'ancien article 408. Les rédacteurs du Code pénal actuel ont sans doute voulu « *affranchir le*

[141] Garçon, op cit, art 408, n° 443 et s.
[142] Crim, 9 avril 1973, B. 179; Crim 26 juin 1973 B.297, 19 fev 1975 B.58; 16 avril 1975 B 92.
[143] Thèse Leinster, op cit, p 54.

juge pénal de la charge préalable, aussi lourde qu'aléatoire, pour ne pas dire divinatoire de la qualification de contrat » .[144] Cette position est clairement affirmée dans un arrêt récent de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 18 octobre 2000,[145] selon lequel : « *l'abus de confiance ne suppose pas nécessairement que la somme détournée ait été remise en vertu d'un contrat* ». L'abus de confiance ne suppose plus nécessairement un contrat au sens civiliste du terme, celui de contrat nommé ou de convention formalisée. Cette positon législative et jurisprudentielle, qui ne nécessite plus la découverte d'un contrat, s'accorde davantage avec une conception institutionnelle de l'entreprise.

[144] R. Ottenhof, RSC 2001, p 384.
[145] Crim, 18 oct. 2000, Dr. pén. 2001, comm. 28, obs. Véron.

B) La condamnation doctrinale: la comptabilité de l'entreprise en tant qu'institution

La théorie classique qui faisait de l'associé administrateur ou gérant un mandataire chargé de la comptabilité de la société correspondait à une société conçue comme un contrat. Elle était parfaitement en harmonie avec la théorie de l'autonomie de la volonté et à l'individualisme du XIX eme siècle. Cependant dès le début du XX eme siècle, elle ne correspondait plus avec la réalité, sociale, économique et juridique.

D'un point de vue sociologique, Max Weber[146] démontre comment l'essor du protestantisme (surtout le Calvinisme et les sectes puritaines Anglo-saxonnes) fut lié à l'éclosion des méthodes de la comptabilité moderne et permit de rationaliser la gestion de l'entreprise en lui conférant une permanence dans le temps. Selon l'auteur, L'organisation rationnelle de l'entreprise n'aurait pas été possible sans deux facteurs importants: la séparation du ménage, (Haushalt) et de l'entreprise (Betrieb), qui domine toute la vie économique moderne; et la comptabilité rationnelle, qui lui est intimement liée. Cette thèse est partagée par Werner Sombart pour qui « *le capitalisme et la comptabilité en parties doubles ne peuvent absolument pas être dissociés; ils se comportent l'un vis-à-vis de l'autre, comme la forme et le contenu* ».[147] Cependant cette théorie a parfois été

[146] Max Weber, « L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme », coll Agora, ed Plon 1997, p 12 et s.
[147] Werner Sombart, 1928, Der moderne Kapitalismus, 15 e édition, II, p 118.

contestée. Pour un auteur comme Basil S. Yamey[148] l'élaboration de bilans et de comptes de résultat ne deviendra systématique qu'au XIX eme siècle, et la comptabilité coexiste avec d'autres systèmes d'information. Quant à Fernand Braudel,[149] privilégier la relation entre comptabilité et capitalisme, c'est méconnaître dans le développement de celui-ci, le rôle d'instruments aussi fondamentaux que la lettre de change, l'endossement ou l'escompte. Il soutient non sans raison qu'un phénomène aussi complexe que le capitalisme fait nécessairement intervenir une pluralité de causes et de conditions. Cependant, il semble bien que la comptabilité ait été au cours du XX eme siècle le facteur principal d 'évolution du droit pénal des affaires (cf. infra) bien davantage que ne le furent les relations cambiaires.

D'un point de vue économique, il convient de remarquer que d'importantes théories économiques, notamment celle des institutionnalistes font de l'entreprise en tant qu'institution et par extension de la comptabilité le cœur de l'économie moderne. Par exemple, pour R. Coase,[150] l'entreprise, à travers sa comptabilité est une structure qui permet d'éliminer les coûts de transaction qui découlent du fonctionnement du marché.

D'un point de vue strictement juridique enfin, il est indéniable que l'ensemble du droit positif a peu à peu convergé vers une conception institutionnelle de l'entreprise.[151]

---

[148] Basil S. Yamey, 1950, « Scientific book keeping and the rise of capitalism », in W.T.Baxter, Studies in accounting, Sweet and maxwell, pp 13-20.
[149] Fernand Braudel, 1979, Civilisation matérielle, économie et capitalisme: XV e- XVIII e siècle, Armand Colin, tome 2, p.512.
[150] M.Bead, G. Dostaler « La pensée économique depuis Keynes », p 261 ed seuil 1996.
[151] Ripert et Roblot, Traité de droit commercial, T I, 17 eme ed, p 1et s

Selon la tradition romaine la société est un contrat. Encore aujourd'hui, un certain nombre de règles du droit des sociétés en particulier des sociétés de personnes trouvent incontestablement leur explication dans le droit commun des contrats. Certaines lois récentes sur les sociétés s'y réfèrent encore expressément (Art L. 235-1 C. com ; Anc. art 360 L.1966; art 1842 al 2 code civil relatif à la période précédent l'immatriculation de la société et 1844-10 al 3 code civil, relatif à la nullité de certains actes). Une partie de la doctrine moderne discerne un renouveau de « *la contractualisation* » du droit des sociétés dans la tendance de la jurisprudence à reconnaître de plus en plus largement des pactes d'actionnaires. Mais depuis la loi de 1966, la personne morale naît d'une formalité administrative et non de l'échange des consentements. Les associés peuvent modifier le pacte primitif à la majorité, un contrat exigerait le consentement unanime des associés. Les administrateurs sont considérés comme des organes et non comme des mandataires: leurs pouvoirs et leur responsabilité sont fixés par des règles impératives. Quant à la personne morale, elle a un intérêt propre qui se distingue des intérêts personnels des associés et parfois s'oppose à eux. En somme, la théorie moderne de l'institution se traduit par une subordination durable des droits et des intérêts privés aux fins qu'il s'agit de réaliser. La théorie de l'institution a été consacrée par la loi du 11 juillet 1985 selon laquelle une société peut être instituée par la volonté d'une seule personne. La comptabilité ne reflète plus ici un accord de volonté des associés dans la gestion de la société, mais uniquement l' « *état de santé* » de la personne morale. Le droit pénal est sans doute une des dernières disciplines juridiques à avoir reconnu expressément la théorie de l'institution. Celle- ci l'a été dans le nouveau code pénal, principalement au travers de l'admission de la responsabilité pénale des personnes morales (cf. infra), subsidiairement

au travers de l'élargissement de l'incrimination d'abus de confiance au contrat de société (cf. infra). La thèse institutionnelle connaît un regain d'actualité avec les directives communautaires très contraignantes, notamment en matière de pouvoirs des dirigeants. Cependant la cour de justice des communautés européennes considère sous certains aspects la société comme un contrat.[152]

Les progrès de la conception institutionnelle de la société mettent en lumière la dérive infra- analogique de la jurisprudence pénale, mais rien ne permet de justifier une telle démarche au regard des principes d'interprétation stricte et de légalité criminelle. Le législateur a donc dû réagir soit en multipliant les textes soit en les élargissant.

[152] C.J.C.E. 10 mars 1992, Bull Joly 1992 § 247 p 767 note J.B. Blaise

Section III: Les réactions législatives visant à freiner les atteintes au principe d'interprétation stricte de la loi pénale

Pour répondre à la complexité croissante du droit des affaires, et pour prévenir toute dérive analogique dans l'interprétation des textes, le législateur a dans un premier temps été tenté au cours du XXeme siècle de multiplier les incriminations pénales liées à l'utilisation des papiers commerciaux. On a pu le constater à travers de nouvelles incriminations ayant pour conséquence de supprimer les conditions préalables à la réalisation des infractions de faux en écritures et d'abus de confiance (§ I). Cette inflation législative a paru nuire dans certains cas à l'efficacité répressive, « *summum jus, suma injuria* ». Aussi, plus récemment, et notamment dans le nouveau code pénal, il semble que le législateur s'oriente vers un élargissement du domaine d'application des incriminations classiques. Ce phénomène peut être constaté au travers de la nouvelle rédaction du faux en écritures et de l'abus de confiance (§II).

§I La multiplication des textes spéciaux antérieurs au nouveau Code pénal

Pourquoi constate t-on depuis la seconde moitié du XIX eme siècle une hypertrophie des règles d'ordre public en économie? Il existe un but avoué de protéger les tiers partenaires de la société, les associés eux mêmes, et les épargnants.

On constate également une tendance à l'interventionnisme Etatique[153] qui se traduit par une multiplication des obligations déclaratives pour l'entreprise. Aujourd'hui, des organismes comme la C.O.B. sont tentés de prendre le relais de l'Etat. Le développement des règlements communautaires (cf. infra) contribue de surcroît à multiplier les normes en matière économique et à développer le pouvoir technocratique. Le principe selon lequel nul n'est censé ignorer la loi devient une pure fiction. Le législateur en a tenu compte en admettant désormais l'erreur de droit (cf infra).

Cependant, même si le nombre des incriminations en droit pénal des affaires semble abusif, on aurait tort de présenter le droit pénal des affaires comme une « *déviation* » du droit pénal. Déjà sous l'Ancien Régime, le nombre des infractions, les enjeux concernés et la dureté des peines montrent que l'autorité royale intervenait de manière significative

[153] Y. Guyon, Traité des contrats, les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés, L.G.D.J. 1993.

dans l'activité économique.[154] Un recueil anonyme publié à Paris en 1752 déjà intitulé code pénal[155] et qui inspirera le code de 1791 dénombrait au total 288 incriminations dont 52 (18%) relevaient d'un intérêt économique comme les pratiques commerciales illicites (banqueroute, monopole, usure, stellionat, faux...13), les infractions liées à la circulation des valeurs (négoce illicite de métaux précieux... 9), la contrebande et les délits assimilés (...30).

Mais contrairement à ce qui se passait sous l'Ancien Régime, la multiplication des textes aujourd'hui n'est pas seulement destinée à renforcer les interventions de l'Etat dans l'économie, elle a également pour objet de freiner les dérives supra- téléologiques et infra- analogiques de la jurisprudence, et de renforcer le principe de légalité criminelle. Les textes liés aux papiers commerciaux dérivant de l'abus de confiance (A) et du faux en écritures (B), témoignent de cette tendance.

[154] P. Lascoumes, P. Poncela, P. Lenoël, « Au nom de l'ordre, une histoire politique du code pénal », Hachette, 1989.

[155] Code pénal ou recueil des principales ordonnances, édits et déclaration sur les crimes et délits, Desaint et Saillant, Paris 1752; bien qu'aucun nom ne figure sur cette édition, il s'agit selon toute vraisemblance de celle attribuée à Cl-F de Laverdy.

A) Les textes dérivant de l'abus de confiance et supprimant la condition préalable du contrat

Il existe plusieurs textes dérivés de l'abus de confiance et qui suppriment la condition préalable du contrat. Mais seuls seront étudiés ici ceux qui ont été créés pour répondre aux insuffisances de l'abus de confiance. Aussi, seront exclues de ce champ d'étude l' incrimination de distribution de dividendes fictifs, car elle a pour origine la loi du 17 juill. 1856, et l'ancienne qualification d'abus de blanc seing, car elle est issue du code napoléonien. Compte tenu de leur ancienneté, il paraît difficile de soutenir que la création de ces textes est la conséquence de l'insuffisance du domaine d'application de l'abus de confiance.

1) L'abus d'un bien warranté

Le Warrant est un billet à ordre spécifique. Il est souscrit par un commerçant, qui donne en garantie de sa signature, des marchandises déposées dans un magasin général, ou qu'il s'engage à conserver chez lui (warrant sans déplacement). Le même titre fait naître et constitue le gage.

Les warrants des magasins généraux sont des effets de commerce qui permettent de garantir un emprunt par des dépôts de marchandises dans un magasin général. En principe, le délit d'abus de confiance ne peut être commis que par l'exploitant du magasin général. Mais cette hypothèse est peu vraisemblable, car le retrait n'est possible que si le récépissé-warrant est présenté, ou si le récépissé l'est seul, après consignation du montant de la créance (Art L.522 – 30 C. com, Anc ord 6 août 1945, art 26). Les choses fongibles déposées peuvent cependant être remplacées par des marchandises de même nature, de même espèce et de même qualité à condition que cette possibilité de substitution soit mentionnée sur le récépissé et le warrant (Art L.522-24 C. com, Anc ord. Du 6 août 1945). De plus, le souscripteur du warrant qui parviendrait à détourner les marchandises au préjudice du porteur de titre commettrait un détournement de gage prévu à l'article 314- 5 du Code pénal actuel (art. 400 al 5 A.C.P). Dès lors, la seule hypothèse où un abus de confiance est envisageable est celle où une personne détourne ou dissipe des warrants au préjudice de leurs propriétaires. Mais il faut alors prouver l'existence d'un mandat, les warrants doivent avoir été remis à charge d'en faire un usage déterminé.[156]

Les problèmes soulevés par les warrants sans déplacement sont tout autres.[157] Ces derniers supposent que les objets gagés restent entre les mains du souscripteur. Mais que se passerait-il si le débiteur vendait les objets donnés en gage? Aucun contrat de la liste légale de l'ancien article 408 ne pouvait être découvert puisque les objets n'ont pas été remis au débiteur qui en a conservé la possession. Aussi seule

[156] Crim, 17 av 1874, B.116

[157] Encyclopédie Dalloz,Dr. pén., v° Warrants, J. Hémard.

une interprétation infra- analogique choquante de l'abus de confiance aurait pu autoriser la répression pénale. Le débiteur malhonnête risquait d'échapper à toute répression pénale. C'est donc en multipliant les incriminations pénales que le législateur a pu réprimer ce type de comportement. Pour éviter toute dérive infra- analogique dans l'interprétation des juges, le législateur a dû comme le souligne R. Leinster[158] minutieusement détailler chaque catégorie de warrant susceptible de détournement. On citera par ordre chronologique:

- les warrants agricoles (L. 18 juillet 1898, mod L 30 avril 1906 et D - L 28 septembre 1935) qui n'ont pas le caractère commercial.

- les warrants hôteliers (Art. L.523- 1et s. C. com ; Anc L. 8 août 1913 L - 21 avril 1932).

-les warrants pétroliers (Art. L. 524-1 et s. C. com., L- 21 avril 1932).

-les warrants sur les stocks de guerre (DL 24 Juin 1939).

-les warrants industriels (L- 12 septembre 1940 modifiée par l'ordonnance du 3 mai 1945 et loi du 31 décembre 1953 - art. 49).[159]

[158] R. Leinster, Th. cit, p 299 et s.
[159] Ripert et Roblot, op cit, T II, p 236 n° 2126.

2) L'abus de biens sociaux

Le délit d'abus de biens et du crédit de la société est apparu en 1935 (D.L. 8 oct. 1935). Dans cette nouvelle incrimination, la condition préalable de l'existence d'un contrat disparaissait. La répression de détournements réalisés par des administrateurs ou des gérants de la société au moyen de documents comptables ne nécessitait plus la découverte d'un contrat de mandat. A certains égards, le domaine d'application de ce texte était beaucoup plus large que celui de l'abus de confiance. Pourtant, la jurisprudence, même après la mise en vigueur de ce texte, n'a pas abandonné la pratique de l'interprétation supra-téléologique en matière d'abus de confiance, notamment concernant les détournements comptables réalisés dans une société en participation (cf supra). On peut l'expliquer par le fait que le délit d'abus de bien sociaux a été cantonné à certaines sociétés par la loi du 24 juillet 1966, l'article 437 pour les sociétés anonymes, repris par l'actuel article L 242- 6 C. com. , et l'article 425 pour les S.A.R.L, repris par l'actuel article L. 241- 3 C. com. Il faut d'ailleurs constater que la « *fièvre* » inflationniste du législateur ne s'est pas apaisée. En effet depuis cette époque, le nombre de sociétés concernées n'a pas cessé de croître. Par exemple, l'article L. 244- 1 C. com. , issu de la loi du 3 janvier 1994 modifiant l'article 464-1 L 1966, concerne aujourd'hui les sociétés par actions simplifiées.

B) Les textes dérivant du faux en écritures et supprimant la condition préalable de valeur de titre.

Depuis la fin de la première moitié du XX eme siècle, on constate que le législateur à eu tendance à multiplier les textes visant à réprimer le mensonge dans des documents dont la valeur de titre était incertaine, contribuant ainsi à l'inflation législative.

1) Les faux certificats et attestations

L'article 161 alinéa 4 de l'ancien code pénal concernant les autres certificats ou attestations que ceux propres à appeler la bienveillance a été inséré dans notre droit par une loi du 27 août 1948.Il permet de réprimer les mensonges réalisés dans des documents qui ne possèdent pas la valeur de titre. La porté de ce texte est assez difficile à préciser. Les mots « *attestations* » et « *certificats* » ont la même signification, il s'agit d'actes écrits servant à rendre le témoignage de la vérité d'un fait. Bien que certains arrêts de la cour de cassation aient pris soin de mentionner

que le certificat mensonger pouvait procurer à son destinataire des droits ou des avantages, ou justifier de l'exercice d'un droit,[160] cette indication n'est pas nécessaire et a été abandonnée.[161] Mais une traite mensongère ayant la valeur de titre ne peut relever que de la qualification de faux en écritures.[162] La qualification de fausse attestation ne peut pas davantage être appliquée à l'inscription de sociétaires non présents sur le procès-verbal de l'assemblée des membres d'une société à responsabilité limité. Selon une jurisprudence contestable, (cf supra) il s'agit de faux en écritures. De plus, certains documents ne possèdent ni la valeur de titre ni même celle de certificats. Un écrit qui ne vaudrait que comme simple renseignement sujet à vérification (comme une photocopie non certifiée conforme d'un reçu, ou un duplicata de facture) ne pourrait être considéré comme un certificat ou une attestation pas plus que comme un titre.

En revanche, un document qui constaterait un véritable engagement comme une facture pro-forma (cf supra) vaudrait attestation. Mais il est indispensable que la signature apposée sur le certificat ou l'attestation soient authentique. Cette constatation ressortait de l'analyse de l'ancien article 161 al 4. Car l'apposition d'une fausse signature si elle pouvait constituer un faux matériel ne relevait pas de l'article 161 (al . 4-2) qui supposait une attestation originairement sincère. L'article 441-7 du Code pénal actuel) reprend très exactement les dispositions souvent appliquées de l'article 161 al 4.

---

[160] Crim 21 nov.1963, B 329; 21 nov 1964, D, 1964. 363.
[161] Crim, 30 janv et 7 fev 1962, B, 70 et 84.
[162] Crim, 4 mai 1957, B,363; 18 janv 1961, B 33.

2) la présentation ou la publication de bilans inexacts

Le mensonge comptable ne fut spécialement incriminé en tant que tel qu'à partir du décret-loi du 8 août 1935. A compter de son entrée en vigueur, l'établissement d'un bilan inexact indépendamment de toute distribution financière devenait punissable. La constatation d'un préjudice, pour la société, les associés ou les créanciers, n'était pas nécessaire. Cette incrimination fut reprise par la loi du 24 juillet 1966, dans l'article L. 241- 3 C. com, (Anc art. 425) pour les S.A.R.L. et dans l'article L. 242- 6 (Anc. art. 437) pour les S.A., essentiellement en vue de protéger les actionnaires ou les associés. Mais ne participe-t-elle pas d'une inflation législative en droit pénal des affaires souvent dénoncée ?[163] De nombreux commercialistes estiment que le droit pénal appliqué aux affaires est un frein au développement de la libre entreprise.[164]

Pour certains, l'actuelle autonomie des nouvelles branches du droit pénal est sans doute excessive. Elle se traduit par une construction juridique imparfaite à laquelle le législateur n'est pas étranger. Un auteur comme G. Ripert [165] a même dénié aux actionnaires une protection renforcée. Pour lui en effet, il s'agit d'un épargnant qui apporte son argent pour en retirer un profit sans « *travail* » dont l'acte

[163] A. Vitu, « Regards sur le droit pénal des sociétés », Etudes Roblot, Paris L G D J 1984, 247.
[164] A. Touffait et J.B. Herzog, R.S.C. 1967, p 777.
[165] G. Ripert, « Aspects juridiques du capitalisme moderne », 1946, p 105.

est « *purement intéressé* » poussé par « *cet intérêt sordide de gagner plus en risquant moins* ».

Pour d'autres, par ce texte le législateur a entendu garantir la sincérité des documents comptables et lutter contre la fraude, A Viandier[166] qualifie cette infraction de « *sanction cardinale des dogmes de la sincérité, régularité et fidélité...* » Il explique son importance par la richesse de la jurisprudence qu'elle a engendrée et qui représente une source essentielle du droit comptable. Cette incrimination paraît utile, d'abord parce qu'elle occupe un espace juridique propre. L'infraction se distingue nettement du faux et de l'escroquerie. Aucun préjudice, aucune manœuvre n'est nécessaire à sa réalisation. Et comme nous l'avons constaté, la crédibilité du bilan a parfois fait l'objet de controverses. Elle est clairement affirmée par cette incrimination. Enfin, la pratique judiciaire, seule véritable mesure de l'adaptation d'une incrimination au milieu social, atteste de son opportunité.

Cependant l'élaboration du Code pénal actuel aurait pu être l'occasion de l'y intégrer comme le proposait la commission de révision du code pénal en 1978. Il aurait été souhaitable d'insérer d'une part les infractions les plus graves du droit pénal des sociétés dans le code pénal et d'autre part, de décriminaliser les infractions les plus bénignes inscrites dans la loi du 24 juillet 1966. (Ce qui pourrait être le cas notamment pour les anciens délits matériels). Malheureusement, les rédacteurs du Code de commerce actuel n'ont pas procédé à ce travail. L'avant projet de 1978 exprimait cette opinion selon laquelle « *l'adage nul n'est censé ignorer la loi ne correspond plus à une réalité sociale compte*

[166] A.Viandier, « Droit comptable », Dall 1993, n°371 et s, p 289.

tenu de la prolifération des textes ». Pour certains,[167] à juste titre, « *le nouveau code pénal comme son prédécesseur n'est donc que l'antichambre de la législation pénale* ». Cette remarque conduit A. Roger à distinguer d'une part la morale universelle et d'autre part l'éthique « *outil de gestion favorable à l'intérêt de l'entreprise et comme la condition d'une réussite à long terme dans le domaine économique* ». En effet, seuls les comportements moralement répréhensibles doivent faire semble t-il l'objet d'une stigmatisation pénale (comme, des mensonges suffisamment graves).[168] L'éthique des affaires est contingente et particulière, elle s'apparente à la déontologie, son respect est peut-être mieux assuré par des normes civiles, commerciales et administratives.

3) les rapports du commissaire aux comptes et des dirigeants sociaux

Le commissaire aux comptes est soumis à un devoir de sincérité dont la méconnaissance est pénalement réprimée. Toutes communications écrites, orales, publiques ou privées mensongères du commissaire aux comptes sont réprimées (Art. L. 242- 27 C. com. ; Anc. art 457, L. 1966). Il convient de remarquer que l'article L. 242- 27 C. com. (Anc. art. 457) s'applique désormais aux commissaires aux comptes de la société par actions simplifiée (Art. L. 244-1 C. com.; Anc art. 464- 1). Le rapport doit donc non seulement contenir des informations exactes mais ne pas omettre des renseignements essentiels (prise de participation, prise de contrôle) (Art. L 247-1 C. Com; Anc. art 481 L. 1966). Pour être répréhensible sur le fondement de ce texte, le mensonge par omission ou commission doit viser à tromper les actionnaires sur la situation économique réelle de la société. Les juges font en général preuve de

[167] E. Lepointe, « Le nouveau code pénal français », Revue internationale de police criminelle, 1994, n°450, p 21 et s. Selon cet article, le ministère de la justice répertorie 12 500 infractions.
[168] Mélanges en l'honneur de J. Larguier, ed 1993, par A. Roger p 261.

sévérité et n'admettent pas que le commissaire puisse s'exonérer en déléguant ses pouvoirs à ses collaborateurs.[169]

Certaines obligations d'informations pèsent également sur les dirigeants sociaux à l'égard: des actionnaires (Art. L. 242-12 et s. C. com ; Anc. art 443 et s), des obligataires (Art. L. 228-69 C. com. ; Anc art 318), des associés (Art. L. 241-4 C. com . ; Anc art 426), des membres du comité d'entreprise (art L 431-1 et s code du travail). Les dirigeants sociaux sont de plus soumis à une obligation de sincérité (tout comme les commissaires aux comptes). Certains mensonges par commission[170] ou par omission sont réprimés par des textes pénaux spécifiques. Ainsi, les dirigeants sociaux qui sciemment donnent ou confirment des indications inexactes dans les rapports présentés à l'assemblée générale appelée à décider de la suppression du droit préférentiel de souscription des actionnaires doivent être punis (Art. L. 242-20 C. com, Anc. article 452 L 24 juill. 1966), de même les dirigeants sociaux (tout comme les commissaires aux comptes) qui omettent sciemment dans leur rapport annuel certaines informations relatives aux filiales, aux participations et aux sociétés contrôlées (Art. L. 247-1 C. com., art 481 L 24 juill. 1966).

[169] Trib corr Paris, 10 janv 1980, R Soc 1981 . 142 obs Bouloc.
[170] Crim, 27 fev 1978: Rev. Soc. 1978, 496, note B.Bouloc.

§II l'élargissement des textes généraux : le faux en écritures et l'abus de confiance

Comme il a été possible de le constater, la multiplication des textes n'a pas pour effet de faire reculer les atteintes au principe d'interprétation restrictive par la jurisprudence. Aussi, le législateur s'est- il orienté vers un élargissement des incriminations classiques comme de faux et d'abus de confiance A) ou l'abus de confiance B) , de sorte que soient couvertes les avancées jurisprudentielles anciennes ou futures, en leur donnant un support légal indiscutable.

A) l'élargissement de l' incrimination de faux en écritures

La notion de titre semble devenir de plus en plus compréhensive. Elle englobe non seulement les écrits, mais également selon l'article 441-1 du Code pénal actuel, *«... tout autre support d'expression de la pensée qui a pour objet ou qui peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques»*.Il semble même que désormais certains documents non signés pourraient valoir titre. On se souvient qu'une signature pouvait être manuscrite ou imprimée.[171] Mais l'apposition d'une croix ou d'un signe équivalant ne

[171] Crim, 14 mars 1913, B 140, D 1914.1.44.

pouvait constituer une fausse signature dès lors qu'il n'en résultait aucune obligation.[172] En général, la fausse signature était utilisée dans les effets de commerce pour obtenir indûment du crédit. Pour faciliter sa répression, les dispositions de l'ancien article 151-1 CP (loi 16 juin 1966) punissait des peines du faux l'apposition frauduleuse d'une signature sur un effet de commerce ou sur un chèque au moyen d'un procédé non manuscrit ou griffe. (Cette loi ne concernait ni le tiré, ni le donneur d'aval de la lettre de change, ni la souscription d'un billet à ordre, ni le tireur d'un chèque, ni les chèques postaux[173]).

En dehors de ces hypothèses, en l'absence de signature manuscrite, la doctrine et la jurisprudence rejetaient la qualification de faux. Si l'acte n'avait pas été signé, il n'avait aucune valeur juridique.[174] Garçon paraissait plus réservé, estimant qu'il était erroné de poser en principe que le faux par supposition de personne dans un acte non signé soit impunissable.[175] L'interprétation de Garçon pouvait paraître trop audacieuse dans le contexte de l'ancien code pénal. Cependant, la rédaction du nouveau code pénal permet de concevoir plus facilement qu'un faux puisse être réalisé en l'absence de signature. Cela peut correspondre à des documents non signés tels que films, bandes magnétiques disquettes... De plus, l'article (441-1) recouvre désormais les cas prévus par l'article 151-1 (ancien code pénal) (cf circulaire d'application 14 mai 1993). Les lettres de change relevées (et billets à ordre) pourront désormais valoir titre (mais ces documents informatiques dépassent le cadre de notre étude, cf supra). La

[172] Crim, 1 juin 1827, B 136.
[173] Gavalda, « la validité de certaines signatures à la griffe d'effets de commerce », JCP 1966.1.2034.
[174] A.Vitu, droit pénal spécial, op cit, n°1211; C.A. Paris, 31 déc. 1852, S. 53.2.81.
[175] Garçon, op cit, art 147, n°378.

jurisprudence la plus récente a même fait application du droit pénal du faux à une photocopie ayant valeur probatoire.[176]

B) l'abus de confiance: la suppression de la condition préalable du contrat

Dans le nouveau code pénal, le législateur prenant acte de l'évolution jurisprudentielle a élargi la définition légale de l'abus de confiance. En quelque sorte, puisque « *la rivière ne rentrait pas dans son lit, on a élargi le lit de la rivière* ». Le nouvel article 314-1 définit l'abus de confiance comme « *le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a accepté à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé* ». Désormais, il n'est plus exigé que la remise de fonds détournés ou dissipés ait eu pour origine l'un des six contrats limitativement énumérés par l'ancien article 408. L'infraction sera désormais caractérisée en cas de détournement d'un bien remis à titre précaire, quelle que soit la nature juridique de ce titre. La preuve de l'existence du titre devrait continuer à obéir aux règles du droit civil, et aux règles du droit commercial pour les actes de commerce (liberté de la preuve). Il n'est plus nécessaire de qualifier le contrat, ainsi peuvent désormais constituer un abus de confiance les détournements commis à l'occasion des contrats de collaboration, d'échange ou de société (à

[176] Crim, 16 nov. 1995, RDP 1996, n° 103 obs. Véron ; et Crim, 31 janv. 1994, RDP 1994, n° 104 obs. Véron

l'exception du contrat de prêt). Le recours forcé au contrat de mandat ne devrait donc plus être nécessaire. Du même coup, l'interprétation infra-analogique en matière de détournements réalisés au moyen de papiers commerciaux dans des sociétés en participation devrait disparaître. Le principe de légalité devrait donc s'en trouver renforcé. Cette affirmation doit être nuancée. Le caractère extrêmement compréhensif du nouveau texte pourrait ne faire que masquer le déclin du principe de légalité criminelle en matière judiciaire. Et un risque d'interprétation supra-téléologique pourrait supplanter un risque d'interprétation infra-analogique. En effet, les libertés reconnues au juge dans l'application des incriminations en matière de droit pénal des affaires peuvent paraître excessives. Rappelons que c'est au législateur qu'il incombe de définir le contenu de la loi, le juge doit l'appliquer aux situations concrètes, il n'appartient pas à ce dernier de créer des normes. Pourtant, il apparaît que le législateur se soucie moins qu'autrefois de promulguer des textes clairs et précis. « *Les lois prennent une allure fâcheusement extensive et se bornent parfois à donner des directives générales aux juges, ou emploient des termes au contenu mal délimité* ».[177] Le risque de créer des incriminations imprécises semble d'ailleurs plus élevé en droit pénal des affaires ou économique que dans d'autres branches du droit pénal. Citons par exemple la loi du 31 décembre 1926 qui pour réprimer la spéculation illicite punissait ceux qui cherchent à se procurer un gain « *qui ne serait pas le résultat du jeu naturel de l'offre et de la demande* », il paraît difficile de définir le jeu naturel d'une loi économique. La loi du 25 février 1948 réprimant la hausse des prix « *lorsque cette majoration n'est pas justifiée par une augmentation correspondante du prix de revient du produit* ». Il existe de nombreuses manières de calculer le prix de revient

[177] R. Merle et A. Vitu, Traité de droit criminel , 7 eme éd. cujas 1997, p 239 n° 162.

d'un produit, tout comme le bénéfice d'une société sur un document comptable (cf infra).

Il semble donc qu'en droit pénal des affaires français, le principe d'interprétation stricte soit de plus en plus remis en cause non seulement par la jurisprudence, mais également par le législateur. Il convient cependant de remarquer que certaines méthodes d'interprétation plus souples sont utilisées en droit comparé.

Section IV: Les autres méthodes d'interprétation envisageables

Le droit comparé offre d'intéressants exemples de méthodes souples d'interprétation du droit pénal ayant des répercussions directes sur les papiers commerciaux : comme les méthodes d'interprétation en droit pénal européen (§I), ou dans les pays de Common law (§II).

§I Les méthodes d'interprétation en droit pénal européen et la « logique floue »

Après une brève description générale de la logique floue, il conviendra de s'interroger sur les conséquences qu'elle peut avoir sur les incriminations protégeant les papiers commerciaux en droit pénal des affaires.

La jurisprudence de la cour Européenne des droits de l'homme semble remettre en cause la logique traditionnelle de l'interprétation du droit pénal. La logique aristotélicienne qui supposait une conception hiérarchique et moniste du droit est supplantée par une logique floue. Cette remise en cause frappe les principes d'identité, du tiers exclu et de non- contradiction. Ainsi, la pratique nationale ne doit pas forcément être identique à la norme européenne. Une pratique nationale différente de la norme européenne n'est pas forcément exclue de l'ensemble européen. Et enfin, une même pratique peut être à la fois pénale selon le système européen et non pénale selon le système de droit interne. Cette logique floue permet à celui qui interprète la loi de bénéficier d'une marge d'appréciation au sein de normes de références. A l'origine cette logique était destinée à tenir compte des spécificités de chaque pays membre de l'Union Européenne. Elle a permis de dégager la notion de matière pénale. Cette notion permet d'éviter qu'un Etat puisse éviter le contrôle de la C.E.D.H en dissimulant de véritables dispositions pénales derrière des mesures disciplinaires insusceptibles de recours. Cependant il convient de souligner que l'interprétation en logique floue ne signifie pas interprétation analogique. « *Il n'y a de logique floue que par rapport à une notion de référence précise et spécifiable* ».[178] Pour déterminer ce qui relève ou non de la matière pénale, la C.E.D.H utilise la notion de référence spécifiable. Ainsi, elle retient le critère de qualification (référence aux textes juridiques, à la pratique judiciaire, à la doctrine), la nature de l'infraction (norme transgressée, gravité de la transgression), la sévérité de la sanction (sanction encourue, sanction prononcée, sanction exécutée).

[178] M Delmas-Marty, « Politique criminelle et droits de l'homme: vers une logique floue » R.I.E.J.,1990.24.p 7.

De son côté, le droit communautaire a de plus en plus d'influence sur le droit interne et notamment sur les normes d'incrimination. Cette influence est tantôt directe tantôt indirecte. Elle a évidemment des répercussions sur les incriminations protégeant les papiers commerciaux en droit pénal des affaires. Il apparaît que compte tenu de la diversité des législations nationales au niveau européen, la logique floue inspire les rédacteurs de normes européennes bien au- delà de la seule protection des droits de l'homme, et par contre coup les juridictions nationales chargées d'appliquer cette réglementation. Ainsi, certaines directives communautaires ont entraîné un élargissement de quelques incriminations pénales liées aux papiers commerciaux; citons La 4eme Directive du Conseil des Communautés sur les comptes annuels des sociétés, en date du 25 juillet 1978. Elle a entraîné l'introduction de principes nouveaux en droit français par la loi du 30 avril 1983 et le décret du 30 novembre 1983. La première a notamment modifié les articles 425-3°, 437-2°, 444, 445 de la loi du 24 juillet 1966 (sanctions pénales), (aujourd'hui articles L 241-3, L 242-6, L 242-13 C. com.) tandis que le second a soumis à des obligations de dépôt au greffe des documents comptables, assorties de sanctions contraventionnelles. Quant aux directives, elles sont directement applicables en droit français. Cependant, elles ne peuvent être pénalement sanctionnées en France que si un texte interne général ou spécial le permet ou si le règlement communautaire peut se substituer à un texte réglementaire interne assorti de sanctions pénales. L'une des premières décisions à admettre la seconde solution fut un arrêt de la chambre criminelle, du 22 octobre 1970.[179] Il précisa qu'il fallait tenir compte de la définition fournie par le règlement communautaire. Or, comme l'auteur des normes communautaires doit tenir compte des spécificités nationales, il est enclin à rédiger des textes larges et

[179] D.1971, p.221, rapport Mazard et note j.Rideau, JCP 71, II, 16671, note P.L.

compréhensifs. C'est par ce biais que la logique floue est introduite dans le droit pénal national. Le droit européen exerce même une influence indirecte sur les juridictions nationales car sans le dire expressément les juges contrôlent, par voie d'exception, la conformité de leurs décisions à la jurisprudence et aux traités européens.[180]

La méthode d'interprétation stricte est non seulement remise en cause par l'introduction de la logique floue en droit pénal des affaires français, mais également par l'internationalisation des échanges commerciaux et notamment avec les pays de common law. Ces pays possèdent un système juridique et des méthodes d'interprétation complètement différents des systèmes continentaux Romano-Germaniques.

§ II Les pays de Common law et les méthodes d'interprétation au travers des papiers commerciaux

Il convient tout d'abord de dépeindre rapidement les méthodes d'interprétation en systèmes de Common law (surtout celui des Etats-Unis, compte tenu de l'importance économique de ce pays et de sa structure fédérale comparable à celle de l'Union Européenne). Ensuite, il faudra se

[180] B. Bouloc « L'influence du droit communautaire sur le droit pénal interne », Mélanges Levasseur, p 111

pencher sur les applications d'un tel système aux papiers commerciaux en droit pénal des affaires.

Il faut remarquer que les lois pénales aux Etats-unis peuvent provenir à la fois de l'Etat fédéral et des différents Etats. Il existe un principe de hiérarchie des normes, les lois pénales des Etats ne peuvent contredire les lois fédérales qui doivent quant à elles être conformes à la constitution.[181] Le droit pénal anglo-américain est en principe régi par le principe d'interprétation stricte. Cependant depuis quelques années la rigueur du principe est atténuée. Certains Etats dont la Louisiane (Etat de civil Law, d'influence française) ont opté pour un système d'interprétation « *véritable et authentique* » ou « *équitable et raisonnable* » considérant l'interprétation stricte comme inadaptée. Le système de common law offre incontestablement une plus grande latitude d'interprétation que celui de droit écrit en vigueur dans les pays continentaux Européens. En effet le texte qui sert de fondement à la décision judiciaire perd son identité distincte pour être fondu dans le jugement qui devient, en quelque sorte la véritable source du droit. La règle du précédent (stare decisis) selon laquelle la décision d'un tribunal crée un précédent et devra être respectée par tout tribunal n'est d'ailleurs pas appliquée de façon aussi stricte aux Etats unis qu'en Angleterre. Certains juges comme il sera vu ci- dessous n'hésitent pas à jouer un rôle actif dans la formulation d'objectifs économiques. Et il appartient au juge de comparer les faits de l'affaire précédente avec ceux de la cause portée devant lui et de décider si d'après le degré de ressemblance ou d'équivalence entre ces deux groupes de faits, la règle de droit posée dans la décision antérieure doit être transposée dans la cause à juger. Le raisonnement infra- analogique n'est pas loin!

---

[181] A. Levasseur, « Droit des Etats-Unis », 2 ed 1994 Précis Dalloz, p 17 et s.

Concernant les effets de commerce, il existe un code de commerce uniforme (U.C.C) aux Etats-Unis. Il ne s'agit pas d'une loi fédérale mais d'une loi votée par les différents Etats. Elle est donc hiérarchiquement inférieure aux lois fédérales. Son article 3 traite spécifiquement des effets de commerce. En vertu de la section 3.413, le souscripteur d'un billet à ordre et l'accepteur d'une lettre de change ou d'un chèque, s'engagent à payer l'instrument conformément à sa teneur au moment de l'expression de leur accord. Selon cette règle, les altérations de l'instrument après son exécution par le souscripteur ou son acceptation par le tiré, n'impliquent aucune responsabilité de ces parties. Le pouvoir d'appréciation du juge demeure relativement limité par cette loi en ce qui concerne les effets de commerce. Le pouvoir d'interprétation du juge apparaît bien plus important en matière de documents comptables.

Les règles qui régissent les documents comptables sont multiples car le droit des sociétés varie selon les Etats. La législation fédérale notamment en matière fiscale tempère cependant cette diversité. C'est surtout en matière de droit de la concurrence que l'on trouve des dispositions pénales qui concernent les documents comptables au niveau fédéral. Ainsi, depuis la fin du XIX eme siècle le droit de la concurrence a été élaboré au niveau fédéral. Les textes principaux sont le Sherman Act (1890), le Clayton Act (1914), le Federal Traide commission (1914). Il existe une tendance générale à faire de l'efficacité économique l'objectif essentiel des décisions jurisprudentielles interprétant ces lois et ce évidemment au moyen d'une analyse particulièrement rigoureuse des documents comptables des sociétés mises en cause. La cour suprême paraît profondément influencée par les théories économiques. Elle devait d'ailleurs adopter dans une affaire (G.T.E Sylvania) le point de vue de la

règle de « la raison ».[182] Cette règle a pour conséquence de conduire la cour à évaluer les répercussions économiques de sa décision.

Il est particulièrement étonnant pour un pénaliste français de constater que les juges et les membres du ministère public adopte un test (le test Areeda-Turner) pour identifier des politiques de prix néfastes et préjudiciables dans le cadre de la section 2 du Sherman Act. Ce test a été mis au point par des professeurs de Harvard. Il est basé sur l'analyse des coûts de revient. Il permet, ce qui peut paraître fort étrange à un juriste de droit écrit, de créer des présomptions légales de validité ou d'invalidité de certains prix. D'ailleurs il faut remarquer que, sous l'administration Reagan, de nombreux professeurs de droit antitrust et d'économie furent nommés juges dans les cours fédérales d'appel. Leur raisonnement est plus souvent celui d'un économiste que celui d'un juriste. La complexité de l'analyse des documents comptables est renforcée par le fait que les méthodes d'évaluations diffèrent complètement d'un rivage à l'autre de l'Atlantique. Les grandes entreprises européennes qui, pour satisfaire leurs besoins de financement, font appel au marché financier Américain doivent pour obtenir les autorisations nécessaires présenter des comptes qui respectent le référentiel américain. Dès lors, des conflits de normes peuvent apparaître. Ainsi, les lecteurs des comptes de Daimler-Benz découvrirent avec surprise que pour le premier semestre 1993 les comptes révélaient une perte de 949 millions selon les normes américaines et un bénéfice de 168 millions selon les normes allemandes.[183] On comprend la perplexité d'un juge qui devrait se pencher sur les comptes d'une multinationale! Il existe cependant des organismes internationaux qui oeuvrent pour l'harmonisation des normes comptables: en Afrique, en 1970

[182] In A. Levasseur, op cit, p 275 et s. « le droit de la concurrence » par Ralph Folsom.

[183] B. Colasse « comptabilité générale » 5 eme ed economica 1996 p 25

l'OCAM (Organisation Commune des Etats Africains, Malgaches et Mauriciens) se sont donnés un plan comptable commun pour leurs entreprises industrielles et commerciales; en Europe, il s'agit de la Commission des Communautés Economiques Européennes et l'harmonisation est réalisée au moyen de directives. D'autres organismes internationaux s'intéressent également à la normalisation comptable comme l'OCDE (Organisation de coopération et de Développement Economique), l'ONU (Organisation des Nations Unies) et surtout L'International Accounting Standards Committee (Le Conseil International des Normes Comptables). On peut cependant s'interroger sur les bienfaits d'une telle « *uniformisation comptable* ». Certains auteurs comme Samuel Huntington,[184] pensent que « *l' économie met les gens en contact, non en accord, elle bouscule les équilibres, accroît les peurs et les envies, et suscite le conflit autant que le profit . Le rêve d'un village planétaire unifié par la communication et le flux des marchandises est donc une chimère sans fondement* », mais comme dirait le conteur, ceci est une autre histoire...

Concernant la France, on aurait tort de penser que notre droit ne laisse aucune place au raisonnement économique. En droit administratif, la théorie dite du bilan « *coût-avantage* » qui met en balance les inconvénients et les avantages d'une mesure administrative,[185] est expressément reconnue par le conseil d'Etat. Le législateur en droit pénal a d'ailleurs intégré à l'incrimination d'abus de biens sociaux la notion d'intérêt de l'entreprise qui est une notion plus économique que juridique (cf infra, Partie I, T.II, Ch II). Mais ces modes de raisonnement n'ouvrent-ils pas la voie au jugement en équité?

---

[184] Samuel Huntington, « The Clash of Civilisation and the remaking of Wolrd Order », Simon and Schuster, New York 1996 P 110-111, cité dans Revue Esprit, Nov 97, par P. Bruckner p 53 et s.
[185] C.E. 28 mai 1971 Ville Nouvelle- Est

Incontestablement, il est donc possible de constater un déclin du principe d'interprétation restrictive de la loi en droit pénal des affaires, et ce malgré la présence de l'article 111-4 dans le Code pénal actuel. Ce déclin a des conséquences sur les incriminations protégeant les papiers commerciaux. Il entraîne l'extension du domaine d'application de la loi pénale.

Chapitre II: L'extension du domaine d'application de la loi pénale

La jurisprudence pénale a tendance à étendre le domaine d'application de la loi en ce qui concerne les délits d'affaires réalisés au moyen de papiers commerciaux. Cette extension concerne à la fois le domaine d'application de la loi pénale dans l'espace (SI) et dans le temps (SII) . Elle est parfois réalisée au prix d'une interprétation supra-téléologique ou infra- analogique discutable au regard du principe d'interprétation stricte de la loi pénale.

Section I: L'extension du domaine d'application des infractions d'affaires dans l'espace

Deux techniques sont utilisées par la jurisprudence pour étendre le domaine d'application des infractions d'affaires dans l'espace. Il s'agit dans une première hypothèse *« d' atomiser »* une infraction unique (§I). Cette pratique vise à fractionner chaque infraction en autant d'éléments constitutifs que possible en lui conférant ainsi un point de rattachement avec la France. Dans une seconde hypothèse, il s'agit de regrouper dans une même instance, de manière parfois artificielle, plusieurs infractions réalisées sur des territoires différents (§II).

Dans ces deux hypothèses, il est possible de constater une extension du domaine d'application de la loi pénale.

§I: L'atomisation d'une infraction unique

Au cours d'une même affaire, les malversations réalisées au moyen de documents commerciaux, sont fréquemment réalisées sur plusieurs territoires. Il existe donc des incertitudes liées au droit pénal international, en matière de compétence territoriale. Ces incertitudes pourraient permettre aux plus grands délinquants d'affaires de passer à

travers les mailles de la répression pénale. Aussi, la jurisprudence, renforcée par l'interprétation doctrinale A) et l'attitude du législateur B), a t- elle procédé à « *l'atomisation* » des délits d'affaires. Cet usage, s' il peut dans certains cas pallier les insuffisances du droit pénal international C), n'est pas à l'abri de toute critique. En effet, il conduit fréquemment à une interprétation supra- téléologique ou infra-analogique discutable D).

Antérieurement à 1958, l'atomisation avait pour fondement la jurisprudence et son interprétation doctrinale, ce qui a conduit le législateur à créer l'article 693 du Code de procédure pénal. Il « *légalisait* » ainsi une jurisprudence audacieuse. Cela n'a pas empêché la jurisprudence d'interpréter ce texte de manière parfois supra-téléologique voire infra- analogique concernant le territorialisme fictif. La rédaction de l'article 113-2 al 1 du Code pénal actuel n'a fait que confirmer cette évolution jurisprudentielle.

A) L'atomisation jurisprudentielle et son interprétation doctrinale

L'atomisation des infractions d'affaires complexes liées à des papiers commerciaux a permis d'étendre la compétence des juridictions françaises. Cette atomisation est le fruit d'une longue évolution jurisprudentielle. Cette évolution a été accompagnée d'un important

travail doctrinal. En effet, de nombreuses infractions d'affaires liées aux papiers commerciaux sont de nature complexe, or il existe un problème de localisation des infractions complexes dont l'archétype est l'escroquerie. Où doit-on par exemple localiser une escroquerie réalisée au moyen de manœuvres frauduleuses et à l'aide de faux documents commerciaux ? La plupart du temps, les manœuvres ayant déterminé le consentement de la victime se sont déroulées à un endroit, alors que la remise de la somme convoitée a été réalisée dans un autre lieu. La question a relativement peu d'importance lorsque l'ensemble des faits se déroulent sur le territoire national. Mais, au moins en ce qui concerne les escroqueries portant sur des sommes élevées, il est rare que l'ensemble des faits répréhensibles se situe sur le territoire français. Fréquemment, l'escroc cherchera à brouiller les pistes, et à dissimuler le fruit de son forfait en lieu « *sûr* » généralement un paradis fiscal.

Avant 1958, aucun texte ne déterminait un principe général de localisation des infractions et les solutions jurisprudentielles divergeaient.

Certains arrêts localisaient l'infraction en France dès lors que des manœuvres frauduleuses étaient accomplies en France, même si les fonds étaient remis ou encaissés à l'étranger.[186] Lorsque les papiers commerciaux destinés à tromper le dupe étaient envoyés par la poste, la manœuvre était considérée comme manifestant ses effets au lieu de réception.[187]

[186] Crim, 11 mars 1880 . B.C. n°58, S . 1881 . 1 . 329; Crim 2 août 1883. B. C. n° 197, D.P. 1884 . 1. 139; 8 juin 1912, B. C. n° 208, D. 1913. 1. 154.
[187] Crim 13 mars 1913, B. C. n° 133; 12 dec 1935, S. 1937. 1. 280.

En revanche, d'autres arrêts privilégiaient le lieu de la remise plutôt que celui de la manœuvre. La remise était considérée comme effectuée sur le territoire français dès lors que des sommes étaient expédiées à partir du territoire français.[188] D'ailleurs, selon certains arrêts, la remise constituait un élément essentiel pour localiser l'infraction autant que les manœuvres.[189] La cour de cassation finit par adopter une formule compréhensive: « *Il suffit qu'un élément quelconque d'une telle infraction fût en rapport avec le territoire français* ».[190] Selon M. Lombois, il s'agit « *...d'un système de localisation partielle avec équivalence des éléments constitutifs* ». [191] En somme, l'infraction peut être située à un endroit dès lors qu'un de ses éléments constitutifs quel qu'il soit a été réalisé à cet endroit. Cependant, seul l'élément matériel de l'infraction doit être pris en compte, l'élément moral ne pouvant être dissocié de l'élément matériel.

Cette évolution jurisprudentielle fut accompagnée d'une évolution doctrinale qui allait également dans le sens d'un élargissement des compétences des juridictions françaises. Trois systèmes possibles furent dégagés par la doctrine.

La théorie de « *l'action* » attribuait la compétence aux tribunaux de l'Etat sur le territoire duquel le délinquant avait agi. Le professeur Donnedieu de Vabres en était partisan.[192]

---

[188] Crim, 6 janv 1872, D P. 1872. 1. 142.
[189] Crim, 18 dec 1908, S. 1913. 1. 116; D. 1911. S. 11.
[190] Crim 31 août 1911, Rev critique D.I.P. 1912. 360.
[191] Claude Lombois, Droit pénal international, 2 eme ed , 1979, n° 250, p. 305.
[192] Donnedieu de Vabres, Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée, 3eme ed, n ° 1635 p 927.

Selon une autre théorie, celle du « *résultat* », une infraction pouvait aussi bien être localisée au lieu où le fait avait été matériellement accompli, qu'au lieu de son effet, ou de ses conséquences, mais cela ne concernait que les conséquences immédiates et directes du fait.

La théorie de « *l'ubiquité* » visait à faire des deux précédentes une application cumulative. Il semble que cette dernière thèse a été consacrée par le législateur en 1958 dans l'article 693 du Code de procédure pénal. L'atomisation jurisprudentielle des délits d'affaires était alors confirmée par le législateur qui tentait tout de même de lui donner une assise juridique solide. Cette consécration législative se retrouve dans l'article 113- 2 du Code pénal actuel.

B) L'atomisation législative: l'article 113-2 du Code pénal actuel

La formule législative de l'ancien article 693 du Code de procédure pénal paraissait si compréhensive, qu'en pratique, elle autorisait la compétence des juridictions françaises dès lors que l'infraction complexe possédait un lien quelconque avec le territoire français. En effet, selon cet article, « *est réputée commise sur le territoire de la république toute infraction dont un acte caractérisant un de ses éléments constitutifs a été accompli en France* ».

Un acte, « *c 'est aussi bien un fait générateur, mais pas nécessairement tous les faits générateurs...* »[193]. Par conséquent, concernant l'escroquerie, la simple expédition de documents commerciaux mensongers à partir de la France, ou leur réception en France pouvait constituer un élément quelconque des manœuvres frauduleuses, de même l'expédition ou la réception d'une somme d'argent, un élément de la remise. Ainsi, la manœuvre caractérisée par la réception d'un document mensonger en France était susceptible d'entraîner la compétence française quand bien même la remise de la somme d'argent extorquée avait eu lieu à l'étranger.[194]

[193] Lombois, op cit, n°251.

[194] Trib. Corr. Seine, 24 fév 1966 et Paris, 1er juill 1966, Revue critique DIP. 1967. 163à 176, note P. Aymond; cf Madame le Professeur Koering- Joulin, « L'article 693 du Code de procédure pénal et la localisation internationale de l'infraction. Essai sur le réglement des conflits de lois pénales dans l'espace » Thèse Strasbourg, 1972, p. 313, notes 1 et 2.

En revanche, la définition de l'acte permettait d'éliminer la simple pensée ou la résolution criminelle comme facteur de localisation, de même que certains éléments purement passifs comme le lieu de survenance du préjudice quand bien même ils seraient constitutifs de l'infraction. L'acte devait être révélateur d'un élément constitutif de l'infraction poursuivie. Tel n'aurait pas été le cas d'une escroquerie accomplie par la remise d'un chèque tiré sur une banque française, si les manœuvres frauduleuses comme la remise avaient eu lieu hors de France [195]. De plus, l'acte ne devait pas être équivoque. Il devait avoir une relation nécessaire et directe avec le délit consommé hors de France et tendant immédiatement à sa perpétration.[196]

En mentionnant le mot « *acte* », dans l'article 693 C.P.P., le législateur avalisait l'atomisation jurisprudentielle des éléments constitutifs des infractions d'affaires. La jurisprudence, forte d'un texte législatif s'engagea alors dans la voie d'une interprétation extensive. rappelons que trois formes principales d'interprétation ont pu être dégagées: l'interprétation téléologique pure qui se traduit par le territorialisme réel, l'interprétation supra- téléologique qui se manifeste par le territorialisme fictif, et l'interprétation infra- analogique où le territorialisme devient totalement fictif.

[195] Thèse, L'escroquerie, M. le Professeur Seuvic, Nancy II, 1984 , p 858.
[196] Crim 4 juill 1903; DP. 1903. 1. 425.

Le législateur, en intégrant au Code pénal actuel l'article 113-2, confirme l'interprétation jurisprudentielle extensive de l'ancien article 693 CPP. En effet, selon les auteurs de la circulaire du 14 mai 1993 (commentant les dispositions de la partie législative du Code pénal), la notion de « *faits constitutifs* » équivaut à celle « *d'acte caractérisant un des éléments constitutifs* ». Même si cette rédaction est « *de nature à clarifier le débat sur le type d'élément qui doit avoir pris naissance sur le territoire français* »,[197] l'élément matériel, aucune précision n'est apportée sur la nature et sur les contours de cet élément matériel.

C) L'interprétation téléologique pure: le territorialisme réel

Dans le cadre d'une interprétation téléologique pure, les éléments constitutifs de l'infraction sont eux-mêmes décomposés en sous- éléments ayant des « *points de contact avec le territoire français* ». Cette décomposition paraît nécessaire en raison de la complexité des manœuvres utilisées spécialement en matière comptable. Cette interprétation se traduit par un territorialisme réel. L'infraction n'est pas décomposée artificiellement. Un de ses éléments constitutif essentiel s'est déroulé sur le territoire français. La jurisprudence offre des exemples d'utilisation de

[197] Philippe Labrégère, Jurisclasseur de procédure pénale éd. 2000, art 689 à 696 fasc. 10.

cette méthode parfaitement justifiée en raison de l'internationalisation des entreprises et du commerce en général.[198]

Concernant les papiers commerciaux, la question qui se pose est la suivante: dès lors que des infractions complexes sont réalisées au moyen de papiers commerciaux, quel lieu doit- on prendre en compte, le lieu où ils sont utilisés, le lieu où ils sont obtenus ou fabriqués?

La jurisprudence, en pratiquant un téléologisme pur et un territorialisme réel semble utiliser indifféremment les deux critères. Elle se réfère tantôt au lieu où le document est utilisé, tantôt au lieu où il est obtenu ou fabriqué.

1) La prise en compte du lieu où le document est utilisé

A travers des infractions variées comme le délit de fausses déclarations, d'importation frauduleuse de marchandises, de fraudes sur les marchandises et du délit d'initiés, il est possible de constater que la jurisprudence prend en compte le lieu où le document est utilisé pour attribuer la compétence aux juridictions françaises.

Concernant le délit de <u>fausses déclarations</u> (art 399 C. Douanes), de fausses déclarations de pays destinataires avaient été effectuées à la douane française dans le cadre d'une fraude douanière

[198] Michel Bélanger, Institutions Economiques Internationales, la mondialisation économique et ses limites, 6 ed Economica, 1997.

réalisée en Belgique par des Belges.[199] Le juge français a été déclaré compétent, les documents ayant été utilisés à la douane française.

Le délit d'importation frauduleuse de marchandises a également été localisé en France, lorsque les marchandises importées en France, l'ont été au moyen de documents irréguliers, délivrés en Belgique, mais utilisés en France. [200] (faits prévus par les articles 38, 399 D, 414, 426, 437 C. Douanes, et la loi 77-1453 du 29 déc. 1977, D. 68.759 du 23 août 1968).

La jurisprudence a également fait preuve d'une interprétation téléologique pure convaincante en localisant certaines infractions relatives à la formation du contrat et réalisées au moyen de papiers commerciaux. Ainsi, en matière de fraude sur les marchandises (art 1er loi du 1er août 1905), une entreprise vinicole française avait exporté du vin en Allemagne après l'avoir additionné, soit de sucre, soit d'alcool. Les manœuvres frauduleuses s'étaient déroulées en France, dissimulées par des factures qui taisaient évidement les adjonctions illicites. La compétence des juridictions françaises s'imposait même si la livraison avait eu lieu en Allemagne,[201] car les documents frauduleux avaient été utilisés en France.

[199] Crim. 29 janv. 1975: Bull. crim. n°34.
[200] Trib Corr. paris, 11 eme ch. 11 avril 1983: Gaz Pal. 1983, 2, 372, note JP. Doucet.
[201] Crim, 7 juin 1967: Bull. crim. n° 178: JCP 68, II, 15471 note Vivez; R.S.C. 1968, 66, obs Légal; voir également Crim, 5 juin 1962: D. 1964, 441, note désapprobative de M. Fourgoux.

La jurisprudence s'est prononcée de manière orthodoxe en faveur de la compétence des juridictions françaises en matière de délits d'initiés. Ce délit est prévu par l'article 10-1 de l'ordonnance du 28 septembre 1967. Il concerne les opérateurs bénéficiaires d'une information boursière privilégiée. Généralement, l'information confidentielle est divulguée par une personne ayant normalement accès aux procès verbaux et aux délibérations des conseils d'administration, donc un membre du conseil d'administration. Il va user de cette information, souvent par le biais « *d'hommes de pailles* » afin d'opérer sur le marché avant tous les autres porteurs d'actions. Il achète à un prix bas des actions qu'il pourra revendre à un prix élevé dès lors que l'opération boursière en question aura eu lieu. Dès lors, où doit-on localiser l'infraction, au lieu où l'information confidentielle contenue dans un procès verbal du conseil d'administration a été utilisée, c'est à dire au lieu où l'ordre d'une opération a été donné, ou à l'endroit où se situe le marché concerné ? Dans la célèbre affaire « *Péchiney* »,[202] la chambre d'accusation de la cour de Paris a tranché en faveur du lieu où l'ordre est donné. En l'espèce, deux individus, avertis de l'imminence d'une opération publique d'achat lancée par le groupe Péchiney sur le groupe Triangle coté à la bourse de New York, achetèrent pour près de 2 millions de Francs des actions Triangle qu'ils revendirent un mois plus tard près de 11 millions de Francs. L'ordre d'achat avait été donné à une société de bourse parisienne. Certains auteurs, comme M. Gautier[203] contestent la solution donnée par cet arrêt au motif que le trouble social a eu lieu sur le marché américain or, l'ordonnance de 1967 a eu pour objectif de protéger le marché français. Cette position paraît doublement discutable; tout d'abord le délit d'initié ne doit pas être confondu avec son résultat, le trouble social, ensuite,

[202] C.A. Paris, 12 juill. 1989, Rev. Crit. D.I.P. 1989, 758 et s.
[203] M. Gautier, Sur la localisation de certaines infractions économiques, Rev. crit. D.I.P. 1989, 669.

situer le trouble uniquement sur le marché américain, c'est méconnaître l'internationalisation des marchés boursiers.

Les informations confidentielles contenues dans les procès verbaux de conseil d'administration avaient bien été utilisées en France, la compétence française devait donc s'imposer.

Parfois cependant, tout en demeurant dans le cadre d'une interprétation téléologique pure, la jurisprudence ne prend pas en compte le lieu où le document a été utilisé, mais le lieu où il a été obtenu ou fabriqué.

2) La prise en compte du lieu où le document est obtenu ou fabriqué

Concernant le délit d'usure, la propriétaire d'un salon de coiffure strasbourgeois, avait été séduite par les propositions de crédit d'un établissement spécialisé monégasque. Elle signa alors un contrat de prêt, selon lequel un certain nombre de traites devait en assurer le remboursement progressif. L'exécution du contrat de prêt au moyen de traites s'étant révélée usuraire, les dirigeants de la société de crédit furent poursuivis en France sur la base de l'article 1 du décret-loi du 8 août 1935, pour usure et complicité d'usure (actuellement L. n°66-1010, 28 déc. 1966). Cependant, les prévenus furent relaxés en instance et en appel, au motif que le contrat a été formé à Monaco, par l'acceptation donnée à la demande de prêt et que les taux d'intérêt y étaient libres. Il est heureux

que la cour de cassation ait cassé l'arrêt d'appel.[204] C'est en France que le contrat s'était formé, comme le prouvaient les traites. Celles-ci avaient été créées en France et attestaient du lieu de l'accord sur la chose et sur le prix: la ville de Strasbourg.

Le refus de vente (Art. L. 442-6 C. com) partiellement dépénalisé depuis l'ordonnance n° 86-1246 du 1er déc. 1986 a également donné lieu à une localisation satisfaisante de la part des juridictions françaises.[205] En effet, où devait-on localiser un refus de vente qui émanait d'une société étrangère à l'égard d'une société française? La jurisprudence attribua la compétence au lieu de conclusion du contrat situé à l'étranger manifestée par la création à l'étranger de papiers commerciaux comme des factures, et non au lieu de son défaut d'exécution manifesté en France. Une partie de la doctrine,[206] contesta cette position relativement moins protectrice des intérêts des commerçants français. Mais, comme le souligne Madame le Professeur Koering-Joulin,[207] « *Quelques compréhensibles que soient les intentions qui inspirent ces auteurs, elles nous paraissent prendre quelques distances avec la nature véritable du délit au regard des exigences de l'article 693 du Code de procédure pénal...* » (Art 113-2 Code pénal actuel). Cette interprétation paraît donc conforme au principe d'interprétation téléologique pure.

Qu'il s'agisse de la prise en compte du lieu où le document est utilisé, ou du lieu où il est obtenu ou fabriqué, cette jurisprudence fait

[204] Crim 14 fév. 1962, B. 97; R.S.C. 1962, 748 obs. Legal.
[205] Mme Le Professeur Koering-Joulin, Juris-Classeur procédure pénale , Art 689 à 696, fasc 10, n°87, cf mise à jour 2000 par M. Philippe Labrégère, op cit .
[206] Gavalda, Le refus de vente en droit pénal international: D. 1983, chr. 97s.
[207] Mme Le Professeur Koering-Joulin, Juris- Classeur, op cit, n°87 et mise à jour de M. Philippe Labrégère.

appel au territorialisme réel. Elle doit être approuvée, car il s'agit d'une interprétation téléologique pure conforme au principe d'interprétation stricte de la loi pénale. Le recours à l'interprétation supra- téléologique ou infra- analogique est plus discutable.

D) L'interprétation supra téléologique et infra-analogique: le territorialisme quasi- fictif et totalement fictif

Le territorialisme quasi-fictif révèle une interprétation supra-téléologique, le territorialisme totalement fictif laisse apparaître quant à lui une interprétation infra- analogique. Ici encore, la jurisprudence se réfère tantôt au lieu d'utilisation du document, tantôt au lieu de sa remise.

1) L'interprétation supra- téléologique: le territorialisme quasi- fictif

L' interprétation supra- téléologique a pour conséquence en matière de localisation de l'infraction, d'assimiler des éléments préalables à la constitution de l'infraction à des éléments constitutifs de celle- ci. Cette méthode qui se traduit par le territorialisme quasi- fictif paraît parfois contestable. En effet, elle a pour conséquence d'assimiler des éléments constitutifs secondaires de l'infraction à des éléments essentiels. Elle s'explique par l'imprécision de certains textes législatifs. La jurisprudence en offre de nombreux exemples.

L'exemple le plus frappant est sans doute celui de l'ancien délit de chèques sans provision (L. n° 75-4 du 3 janv. 1975). Où convenait-il de localiser l'infraction, au lieu de l'émission du titre ou au lieu du défaut de provision?

La jurisprudence considéra dans un premier temps que l'infraction devait être localisée au lieu de l'émission du titre. [208]

Mais dans un deuxième temps, la jurisprudence estima que le tribunal compétent était celui du lieu où le chèque était tiré. Ainsi, un chèque sans provision avait été tiré sur une banque de Nice et émis à Lausanne. Son bénéficiaire ne l'avait jamais encaissé et l'avait conservé à

[208] Trib. corr. Thonon , 27 mars 1958, 557, obs Loussouarn; Trib. corr. Bourg-en Bresse 7 juin 1961: J.C.P.62, II, 12612; R.S.C.1962, 515, obs Légal. Trib. corr. Seine, 13e ch. 13 oct 1965: G.P. 1966, 1, 108; Rev. crit. DIP 1966, 449, obs Decocq.

titre de garantie. La Cour d'Aix en Provence s'estima compétente et condamna le tireur, au motif suivant: « *le défaut de provision, élément essentiel du délit s'est manifesté en France; et cela suffit, étant donné la nature complexe du délit d'émission de chèque sans provision, pour que les juges soient compétents en l'espèce...* ». Un arrêt de la Chambre criminelle du 28 janvier 1960,[209] alla dans le sens de la décision de la Cour d'appel (en faisant application des art. 1er et s., D. 30 oct. 1935, 24 mai 1938, et 7 de la loi du 20 avril 1810). Il peut, cependant, paraître paradoxal de considérer que le défaut de provision est un élément essentiel du délit alors que le chèque n'avait jamais été présenté à l'encaissement. C'est ici l'émission du chèque sans provision qui apparaît répréhensible, or elle eut lieu à Lausanne.

Dans le même sens, dans un arrêt de la cour de Colmar,[210] un Allemand fut condamné pour émission en Allemagne d'un chèque sans provision et la condamnation fut prononcée en vertu de la loi française, au motif que le chèque était payable dans une banque française.

La doctrine s'est divisée sur ce point. Pour certains auteurs comme messieurs Vitu ou Bouzat, le lieu de localisation de l'infraction devait être le lieu où le défaut de provision s'était manifesté. Trois arguments ont été soulevés en faveur de cette thèse.

Tout d'abord, l'absence de provision était un élément essentiel du délit.

---

[209] Crim, 28 janv 1960: B. 55; R.S.C.1961, obs Légal; Rev. dr. pub. 1960, 873, obs Gervais.
[210] Cour de Colmar 18 dec 1964: JCP 65, éd. G, IV, 87; RTD com. 1965, P. 964, obs . Bouzat.

Ensuite, selon l'article 693 ancien du code de procédure pénal, « *Toute infraction dont un acte, caractérisant un de ses éléments constitutifs a été accompli en France* » entraînait la compétence des juridictions françaises.

Enfin, selon la convention de Genève du 19 mars 1931 (article 7), « *La loi applicable n'est pas celle du pays où le chèque a été établi, mais celle du pays où le chèque est payable* ».

Cette argumentation était résumée par une formule synthétique: « *C'est en France qu'à été manifestée l'absence de provision, qui est un élément essentiel du délit. Appuyée solidement sur l'article 693 du Code de procédure pénal, cette solution est également en harmonie avec la convention de Genève* ».[211]

Si l'on suivait ce raisonnement, l'interprétation de la jurisprudence apparaissait comme téléologique pure. La solution était différente, si l'on admettait comme certains auteurs[212] que l'absence de provision était une condition préalable et extérieure au délit d'émission de chèque sans provision. Au soutien de cette thèse, on pouvait affirmer que, même si les juges pour apprécier l'existence ou non d'une provision devaient se référer aux règles de droit commercial, le défaut de provision ne retirait pas au chèque sa valeur de titre conformément au principe d'autonomie du droit pénal. Car un chèque sans provision n'est pas informe, c'est à dire pratiquement inexistant et non susceptible de préjudice à autrui.

---

[211] A. Vitu, Droit pénal spécial, op cit, n°722.

[212] Levasseur, Cours de droit pénal spécial, 1967, 1968, p 9; Vouin, Droit pénal spécial, T. I, n° 56, 97, 279; Doucet, G.P. 1972, II, p 726.

En localisant l'infraction au lieu où le défaut de provision se manifestait, et en faisant du défaut de provision plus qu'une condition préalable de l'infraction, la jurisprudence procédait semble-t-il à une interprétation supra- téléologique. Il aurait fallu localiser l'infraction au lieu d'émission du titre, l'infraction étant pleinement constituée dès ce moment.

Le <u>délit des fournisseurs</u> (Art 430 Ancien Code Pénal, non repris par le N.C.P.) selon lequel: « *tous individus chargés, comme membres de compagnie ou individuellement, de fournitures, d'entreprises ou régies pour le compte des forces armées, qui, sans y avoir été contraints par une force majeure, auront fait manquer le service dont ils sont chargés, seront punis...* » a également donné lieu à une interprétation supra-téléologique du principe de territorialité par la jurisprudence.

Dans un arrêt de la chambre criminelle du 25 mai 1967,[213] des dirigeants de société français et étrangers avaient conclu avec l'armée française des contrats de fourniture de chenilles de « *half- track* ». Mais le matériel avait déjà été utilisé et rénové en Allemagne. Pour déterminer les juridictions compétentes, devait-on s'attacher à considérer le lieu de la manœuvre (rénovation en Allemagne), ou bien la qualité de fournisseur français de l'armée française (en France), manifestée par la présentation à Paris des factures relatives à ce marché? Les juges du fonds ont utilisé le premier critère (compétence étrangère), les juges de cassation le second (compétence française), les factures attestant de la qualité de fournisseur français. Pourtant, la fraude a bien été réalisée en

[213] Crim 25 mai 1967, B. 164, R.S.C. 1967, 880, obs. Robert; Rev. crit. D.I.P. 1968, 474, note Decocq.

Allemagne. La qualité de fournisseur acquise en France est semble-t- il un élément préalable au délit mais n'est pas au sens strict un élément constitutif du délit. Dans le cadre d'une interprétation téléologique pure, les juridictions françaises auraient dû se déclarer incompétentes. Cette fraude apparaît davantage comme une fraude matérielle que comme une fraude contractuelle.

Certains auteurs ont approuvé la décision. Mais pour ce faire, ils ont dû placer sur un même plan la manœuvre frauduleuse et la qualité de fournisseur français attestée par les factures. Il s'agit là semble t-il d'une extension abusive de la définition de l'infraction, la qualité de fournisseur n'étant qu'une condition préalable à la réalisation de l'infraction.

L'abus de confiance n'a pas non plus échappé à cette boulimie de la compétence française.

Pendant de nombreuses années, la jurisprudence a localisé l'abus de confiance au lieu du détournement souvent matérialisé par des manipulations comptables et non au lieu où la somme détournée avait d'abord été remise en raison notamment de la qualité de mandataire. Un arrêt de la cour de cassation[214] a mis fin à cette jurisprudence en s'attachant au lieu de la remise . Selon cet arrêt le tribunal français est compétent: *«... en cas d'abus de confiance commis par un mandataire lorsqu'il a été constaté que la remise avait bien eu lieu sur le territoire*

[214] Crim, 12 fev 1979, B. 1960; D. 1979, I.R. 177, obs Roujou de Boubée; R.S.C. 1980, 575, obs Bouzat; même sens, Crim 13 oct 1981, B. 271; J.C.P. 1982, II, 19862 note Chambon.

national » alors qu'il aurait semble- t-il dû se référer au lieu où se sont déroulées les manipulations comptables.

La doctrine s'est divisée pour apprécier la jurisprudence. pour certains auteurs,[215] l'abus de confiance est une infraction « *pluri- offensive* », elle protège plusieurs valeurs juridiques: la propriété et la confiance. Dès lors, le contrat de mandat est un élément constitutif à part entière d'une infraction complexe qui permet de localiser l'infraction en vertu de l'ancien article 693 C.P.P. comme de l'article 113-2 du Code pénal actuel. L'interprétation de la jurisprudence doit alors être considérée comme téléologique pure.

[215] A. Vitu, Droit pénal spécial, op cit, n°2368.

Il est en revanche possible de considérer que le contrat est un élément préalable et extérieur à l'infraction non susceptible de permettre une localisation de l'infraction (comme le défaut de provision pour l'émission de chèque sans provision). En effet, quand bien même les juges doivent qualifier les conventions en vertu des règles du droit civil,[216] un abus de confiance peut exister même si le contrat qui en est à l'origine est nul, en raison du principe d'autonomie du droit pénal. Dès lors, localiser l'abus de confiance au lieu de la remise, qui a pour origine le contrat de mandat, apparaît comme supra- téléologique. Il aurait fallu localiser l'infraction au lieu des manipulations comptables, l'infraction étant pleinement réalisée dès ce moment, indépendamment de l'exécution ultérieure du contrat de mandat, stipulant le lieu de la remise.

2) L'interprétation infra- analogique: le territorialisme totalement fictif

L'interprétation infra- analogique doit, quant à elle, être condamnée. Elle aboutit à un véritable territorialisme totalement fictif. Selon cette méthode, la jurisprudence assimile des éléments subséquents,

[216] M. Lambert, Traité de droit pénal spécial, Paris 1968, p 453.

(qui ne font pas partie des éléments constitutifs de l'infraction), ou postérieurs à la réalisation de l'infraction, à des éléments constitutifs de celle- ci. Il s'agit là d'une reconstitution artificielle et inexacte de l'infraction dont la preuve est apportée au moyen de documents commerciaux. Cette interprétation est d'autant plus contestable que les termes de la loi sont clairs et précis.

Pourtant, la jurisprudence n'a pas hésité à assimiler des éléments subséquents à des éléments constitutifs de l'infraction. Il en est ainsi en matière d'association de malfaiteurs (art 265 et s. A.C.P., art 450- 1 du Code pénal actuel).

En effet, pour qu'il y ait association de malfaiteurs, une entente doit être réalisée dans le but de commettre certaines infractions. Mais en principe, les infractions projetées ne peuvent être considérées comme des éléments constitutifs de l'association. Il importe peu que « *les crimes projetés soient déterminés ou non* ».[217] L'association de malfaiteurs est en réalité une infraction de moyen et non de résultat. Le lieu projeté pour l'accomplissement des infractions ne devrait pas être pris en compte pour localiser l' infraction d'association de malfaiteurs.

[217] Crim, 22 août 1959, B. 389.

Or, une chambre d'accusation a renvoyé un étranger devant la cour d'assises pour avoir participé de l'étranger à une entente réalisée en vue de préparer des infractions en France. La Chambre criminelle a rejeté le pourvoi contre cet arrêt. [218] C'est dans le cadre d'une interprétation infra- analogique, que les juges ont assimilé un élément subséquent, le lieu du résultat, à un élément constitutif de l'infraction pour localiser le lieu de l'association. En l'espèce, le prévenu étranger avait communiqué des informations en France par téléphone. La solution pourrait aisément être transposée aux documents commerciaux. Ainsi, dans une situation identique, le seul fait de transmettre de l'étranger des documents commerciaux ayant un contenu informatif, comme des documents comptables, des relevés de comptes, le rapport d'un commissaire aux comptes, pourrait être assimilé à un élément constitutif d'une association de malfaiteurs et permettre de localiser l'infraction en France.

L'incrimination de recel, (art 460 A.C.P. ; art 321- 1 et s. du Code pénal actuel) a également fait l'objet d'une interprétation infra-analogique qui a conduit à un territorialisme totalement fictif.

Antérieurement à 1915, le législateur voyait dans le recel un cas de complicité a posteriori de l'infraction principale. Sur le plan international, lorsque l'infraction initiale était commise par un étranger en territoire étranger et échappait à toute répression en France, le receleur complice n'avait à craindre aucune poursuite dans notre pays, même s'il était de nationalité française, et avait accompli sur le sol

[218] Crim, 20 fev 1990, B. 84; D. 1990, inf. rap.101.

français son activité coupable.[219] Par conséquent comme le soulignaient certains auteurs, « *inutile de dire , que jusqu'à la loi de 1915..., les receleurs français avaient mis à profit cette faille de la répression, sachant qu'ils ne pourraient être ni punis, ni livrés aux autorités étrangères* ».[220]

Le législateur, dans la loi du 22 mai 1915, a fait du recel de choses une infraction autonome et complexe. Les juridictions françaises devenaient compétentes pour juger le recel perpétré en France, alors même que l'infraction principale avait été accomplie à l'étranger. La grande majorité de la doctrine était favorable à cette solution.[221] Ce délit possédait donc ses éléments propres. Il s'agissait cependant d'un délit de conséquence, car il supposait nécessairement un lien avec l'infraction principale.

L'extension du domaine d'application de ce délit autonome était particulièrement marquée sur le plan international. Ainsi, dès 1935, dans la célèbre affaire « *Stavisky* »,[222] la Cour de cassation estima que l'individu qui présentait un chèque à l'encaissement était receleur s'il savait avoir reçu ce chèque d'une personne ayant commis une escroquerie. Etait donc receleur, celui qui recevait de l'argent à partir de comptes dans lesquels figuraient des sommes déposées par des délinquants. Il en allait ainsi, lorsqu'on était rémunéré par des prélèvements sur un compte au crédit duquel avait été inscrit le montant des détournements.[223] Par conséquent, le fait de recevoir sur un compte en France de l'argent « *sale* » produit d'une infraction commise totalement à l'étranger était

---

[219] Crim, 22 juin 1882, D. 1882. 1. 436, S, 1882. 1. 456; 19 av. 1888, D., 1888; 1. 284, S., 1888. 1. 345; Lyon, 27 Déc. 1892, D. , 1894. 2. 254, S, 1895. 2. 73.
[220] R. Merle, A. Vitu, Droit pénal spécial, 1982, op cit, n°2450.
[221] Fournier, Rép. Pen. Dall. 2 eme ed. V°compétence internationale N°86; Lombois, op cit, note 274, p 359; cf les observations formulées au congrès de St- Petersbourg (1890) et de Bruxelles (1900).
[222] Crim, 3 août 1935, D. 1937.1.94, note Leloir, G.P. 1935, 2, 314, R. 1936, P 243, obs; Donnedieu de Vabres.
[223] Crim, 12 janv. 1972, B. 18.

constitutif de recel. De même, il était possible de penser qu'un document commercial obtenu frauduleusement à l'étranger, à l'aide d'une infraction réalisée à l'étranger, puis reçu en France, relevait tout de même de la compétence française.[224] Le seul fait de recevoir et non plus seulement de détenir le produit d'une infraction devenait donc constitutif de recel. Il s'agissait d'une interprétation téléologique pure de la notion telle qu'elle avait été définie par le législateur de 1915, le territorialisme était alors réel.

Mais la jurisprudence alla plus loin. En effet, il fut parfois jugé que le seul fait d'accepter du malfaiteur de transmettre la chose objet de l'infraction à une autre personne constituait un recel.[225] Il s'agissait là d'une interprétation infra- analogique de l'incrimination de recel. En effet, les termes de l'ancienne incrimination étaient clairs et précis: « *Ceux qui sciemment auront recelé, en tout ou partie, des choses enlevées, détournées ou obtenues à l'aide d'un crime ou d'un délit, seront punis...* ». La valeur protégée par cet article était clairement et précisément la propriété et non la confiance. Le simple fait de se comporter en intermédiaire, sans détenir matériellement des marchandise, ne pouvait donc être considéré comme du recel, mais tout au plus comme un acte de complicité de recel.

[224] Crim, 9 dec 1933: Bull. crim n° 237.
[225] Trib. corr. Aix, 20 mai 1948, J.C.P. 1948. IV. 158, R. 1949, p 388.

Le législateur cependant a pris soin, dans la rédaction de l'article 321-1 du Code pénal actuel, de préciser qu'un simple intermédiaire, même sans avoir détenu matériellement l'objet du recel, peut être poursuivi pour recel: « *Le recel est le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre...* ». Le législateur, a écarté ainsi le spectre de l'interprétation infra- analogique. Mais ne crée- t- il pas un risque d'interprétation supra- téléologique en élargissant à l'excès la définition du recel?

On retrouve les mêmes constatations en matière d'escroquerie.

En effet, certains éléments postérieurs à la réalisation de l'infraction ont été intégrés aux éléments constitutifs de celle-ci. Ainsi, en ce qui concerne l'escroquerie, le lieu du préjudice, attesté par des papiers commerciaux comme des effets de commerce, n'aurait pas dû être pris en compte en matière d'attribution de compétence, rappelons que le préjudice n'était pas mentionné dans l'ancien article 405. Cela risquait d'entraîner une interprétation infra- analogique d'un texte clair et précis qui ne faisait pas mention de la notion de préjudice. Pourtant, selon Monsieur Lombois,[226] le préjudice, seul élément français, déterminait « *rarement, mais parfois quand même* », la compétence française. Or, comme le

[226] C. Lombois, Droit pénal internationnal, 2 eme ed 1979, n° 262, p 317.

soulignait Monsieur le Professeur Seuvic,[227] « *Il est contestable de régler un problème de compétence internationale en s'attachant aux seuls intérêts privés des victimes françaises* ». Ensuite, il a parfois été fait usage d'un système de « *localisation juridique* ». Ce système permettait d'attribuer la compétence au tribunal du lieu où l'atteinte aux biens juridiques protégés (par exemple le droit de propriété) avait été réalisée et pas seulement l'atteinte au bien matériel. La France devenait compétente dès lors que sur son territoire, se manifestait au moins une partie du résultat antisocial contraire à l'intérêt public que le texte d'incrimination entendait protéger. Cela signifiait qu'une escroquerie réalisée à l'étranger par un étranger au détriment d'un étranger pouvait relever de la compétence française dès lors par exemple que des effets de commerce avaient été utilisés pour obtenir un paiement frauduleux en France. Une telle solution pouvait paraître contestable, car le résultat « *juridique* » de l'infraction (atteinte à une valeur protégée en France) paraissait être un critère beaucoup trop flou au regard du principe d'interprétation stricte de la loi pénale.

L'article 313- 1 mentionne désormais la notion de préjudice: « *L'escroquerie est le fait... de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à <u>son préjudice</u> ou au <u>préjudice d'un tiers</u>, à remettre...* ». Il semble qu'encore une fois le législateur ait tenté d'enrayer une dérive infra- analogique en utilisant une formule extrêmement compréhensive.

[227] J.F. Seuvic, Thèse, op cit, p 860.

D'un point de vue plus général, l'atomisation des délits d'affaires complexes liés à l'utilisation de papiers commerciaux ne doit pas être poussée trop loin. Si le recours à une interprétation supra- téléologique visant à assimiler des éléments préalables à la réalisation de l'infraction à des éléments constitutifs peut parfois être comprise pour des raisons d'ordre public économique, la prise en compte d'éléments subséquents ou postérieurs à la réalisation de l'infraction, alors que l'on est en présence de textes clairs et précis, constitue une véritable interprétation infra-analogique du principe de territorialité. Elle doit franchement être rejetée malgré la solution contraire retenue par la jurisprudence française. Cette tendance boulimique à la compétence des tribunaux français risque pourtant d'être encouragée par la nouvelle rédaction du code pénal. En effet, même si l'article 113-2 al 1. du Code pénal actuel, pose pour la première fois très clairement le principe de la territorialité de la loi pénale, selon l'alinéa 2, « *une infraction est réputée commise sur le territoire de la république lorsque l'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire* », la notion de faits constitutifs doit être considérée comme équivalente à celle « *d'acte caractérisant un des éléments constitutifs* » utilisée dans l'ancien article 693 du Code de procédure pénal (cf circulaire d'application). La jurisprudence abondante relative aux papiers commerciaux, bâtie sur l'ancien article 693 ne devrait donc pas être remise en cause.

Il convient cependant de relativiser cette tendance boulimique à la compétence des juridictions françaises en comparaison de la jurisprudence de certains pays étrangers. La compétence des tribunaux anglais par exemple repose en matière de délits sur la présence du défendeur en Angleterre.[228] Or, il a été jugé, que la simple présence

[228] J.G. Collier, Droit anglais, 2 éme ed 1992,précis Dalloz, p 453.

passagère, attestée par des titres de transport, d'une personne venue de Paris en Angleterre pour une journée afin d'assister aux courses d'Ascot, était suffisante pour donner compétence aux juridictions anglaises, comme dans Maharanee of Baroda v. Wildenstein.[229] Ce principe a généralement été jugé excessif par la doctrine anglaise.

En France, l'atomisation des délits d'affaires relatifs à des papiers et documents commerciaux devrait donc perdurer même si une grande partie de la doctrine estime également cette technique « *excessive* ». Une autre forme d'extension du domaine d'application de la loi pénale dans l'espace ne devrait pas être remise en cause par l'entrée en vigueur du Code pénal actuel: il s'agit du regroupement dans une même instance de plusieurs infractions réalisées sur des territoires différents.

[229] (1972) 2 Q.B. 283.

§II: Le regroupement de plusieurs infractions dans le cadre d'une même instance et sa limite: la réciprocité d'incrimination

Il est fréquent, que des malversations réalisées au moyen de papiers commerciaux relèvent de plusieurs infractions situées sur des territoires différents. Afin d'attribuer compétence aux juridictions françaises, il arrive que la jurisprudence procède au regroupement de ces diverses infractions dans le cadre d'une même instance. Ce regroupement est parfois réalisé au moyen d'une interprétation supra- téléologique du principe de territorialité, tel qu'il ressort des l'articles 113-2 et suivants du Code pénal (ancien art. 693 CPP) A). Mais ce regroupement qui permet de faciliter la répression pénale de certains agissements est parfois limitée par la règle propre au droit pénal international de la réciprocité des incriminations B).

A) Le regroupement de plusieurs infractions dans le cadre d'une même instance: les risques d'une interprétation supra- téléologique

Lorsque des papiers commerciaux permettent de découvrir que plusieurs infractions d'affaires liées entre elles ont été réalisées sur des territoires différents dont le territoire français, quel est l'Etat compétent, la France ou un autre Etat? Encore une fois l'incertitude règne, la jurisprudence est divisée. Il est cependant possible de dégager une grande tendance: celle d'un véritable « *expansionnisme* » des juridictions françaises en matière de compétence territoriale. Cet « *expansionnisme* » prend corps à travers deux notions: celles d'indivisibilité et de connexité.

L'indivisibilité est une notion jurisprudentielle. Il s'agit de faits unis, selon la Chambre criminelle, *« par des rapports si étroits que l'existence des uns ne se comprendrait pas sans l'existence des autres »*. Ainsi, seront considérés comme indivisibles deux délits dont l'un est la circonstance aggravante de l'autre, ou un délit commis en vue de la commission d'un autre, par exemple un faux commis en vue d'une escroquerie.

Mais, dans la jurisprudence, il apparaît possible de distinguer deux formes d'indivisibilité: l'indivisibilité réelle et l'indivisibilité fictive. La première relève d'une interprétation téléologique pure du principe de territorialité, deux infractions commises

sur des territoires différents sont réputées indivisibles parce qu'elles sont directement liées, l'une ne se comprend pas sans l'autre. La seconde correspond à une interprétation supra- téléologique. Les infractions sont indirectement liées, l'une aurait pu exister sans l'autre.

Concernant l'indivisibilité réelle, « *l'indivisibilité semble s'imposer comme un rapport de dépendance nécessaire entre différents délits* ».[230] Ce rapport naît en quelque sorte de la nature des choses. Une extension artificielle de la notion de territorialité est ici fort peu à craindre comme le souligne le Professeur Lombois.[231] Certains auteurs[232] ont même soutenu que les infractions indivisibles ne forment en réalité qu'une infraction unique tellement elles sont soudées l'une à l'autre. L'interprétation du principe de territorialité est ici téléologique pure. Il s'agit d'une indivisibilité réelle. Mais seules quelques rares décisions liées à des papiers commerciaux ont procédé semble t-il à une exacte application de la notion d'indivisibilité.[233] Il convient de citer un arrêt de la chambre criminelle du 20 janvier 1960.[234] Dans cette affaire, des chèques de voyage de la « *Bank of America Trust and Saving Association* » avaient été fabriqués à l'étranger et complétés par de fausses signatures. Ils avaient été présentés en France afin de réaliser une escroquerie. La cour d'appel déclina sa compétence à l'égard d'un ensemble « *prétendument indivisible* », la contrefaçon de chèque de voyage (art. 64 D.L. 30 oct. 1935) réalisée à l'étranger, et l'escroquerie (Art 313-1 du Code pénal actuel, Art 405 A.C.P.) réalisée en France. Avec raison, la cour de cassation, quant à elle, n'a pas expressément rejeté

[230] M. le Professeur Seuvic, op cit p 863;
[231] M. le Professeur Lombois, op cit , N°274, p 328, et note 274, p 358.
[232] M. Le Poittevin, Code . instr. crim; ann , art 226, n °1.
[233] Paris, 8 fev 1856, S. 1856. 2. 278, D. 1856. 2. 184.
[234] Crim, 20 janv. 1960, B. 32; D. 1961. 56 note Despax, Bq. 1960. 252, obs Marin.

l'indivisibilité. Une telle extension de compétence doit être approuvée, car elle est conforme au principe d'interprétation stricte de la loi pénale.

Concernant l'indivisibilité fictive, nos juridictions ont témoigné, depuis longtemps, dans le domaine international, d'une tendance « *boulimique assez remarquable en étendant leur compétence...* »[235]. Dans un arrêt du 24 août 1876,[236] un étranger avait négocié en France de faux connaissements signés au Brésil (crime de faux), puis il avait provoqué un incendie en mer pour détruire les traces des faux documents (crime d'incendie). Dans un autre arrêt du 9 décembre 1933,[237] un individu avait commis un recel à l'étranger à la suite d'une escroquerie réalisée en France à l'aide de faux documents. Dans ces deux cas, la cour de cassation a établi un lien entre plusieurs infractions dans le cadre d'une indivisibilité fictive. Or, ce lien n'était qu'indirect. Il n'existait pas un lien nécessaire entre ces différents délits, et l'un aurait pu exister sans l'autre. En somme, il était impossible d'affirmer qu'il existait un lien de causalité en ces diverses infractions. Cette interprétation supra-téléologique s'explique cependant par le caractère naturellement imprécis d'une notion purement jurisprudentielle dans un pays de droit écrit. Bien qu'elle soit discutable, cette jurisprudence peut être admise pour des raisons d'ordre public économique. En effet, en pratique, dans ces affaires, il est porté atteinte à l'économie française, mais d'un point de vue purement juridique cette notion ne peut être admise au regard du principe d'interprétation strict de la loi pénale.

---

[235] R.S.C. 1982, 609 obs A. Vitu.
[236] Crim, 24 août 1876, S; 1877. 1.385; 11 août 1882, S 1885. 1. 184, D. 1883. 1. 96; 5 août 1920, S. 1923.1.44; 9 dec 1933, B.237,S 1936. 1. 313. Rev. crit. dr. inter. Privé 1934.898, G.P; 1934.1.79.
[237] Crim, 9 déc. 1933, S. 1936. 1. 313.

Quant à la notion de connexité, elle appelle les mêmes remarques qu'en matière d'indivisibilité. La connexité est un lien entre les infractions, tenant, au lieu, ou à l'unité de pensée criminelle (art. 203 C. pr. pén.). Ainsi, doivent être réputées connexes plusieurs infractions distinctes, commises par des personnes différentes, en temps et en lieux différents, mais avec un accord conclu à l'avance, ou procédant d'une conception unique, déterminées par la même cause ou tendant au même but. Doit donc être condamnée la jurisprudence qui affirme que la connexité existant entre les différents faits délictueux, réalisés au moyen de papiers commerciaux, suffit à rendre le tribunal français compétent à l'égard de l'ensemble de ces faits, sans distinguer si ces différents délits procédaient d'une conception unique. Il s'agit là, d'une interprétation supra-téléologique de la notion de connexité.

Ainsi, dans un arrêt rendu par la Chambre criminelle le 23 avril 1981,[238] quatre truands appartenant au milieu lyonnais opèrent aux Pays- Bas, où ils commettent divers délits contre les biens et les personnes. De retour en France, ils se rendent coupables de plusieurs infractions contre les biens et ils font notamment usage de faux documents administratifs (faux passeports, cartes grises...). Arrêtés, ils sont inculpés entre autre d'association de malfaiteurs, un lien est alors artificiellement créé entre les différentes infractions réalisées en France et à l'étranger, l'usage de faux documents administratifs en France n'étant aucunement lié aux infractions réalisées à l'étranger. Ici, sous couvert d'association de malfaiteurs, la Cour proroge sa compétence à un ensemble d'infractions qui ne procédaient pas d'une conception unique. En l'occurrence, les délinquants firent usage de faux documents administratifs. Mais la position des juges aurait été très certainement

[238] R. S. C. 1982,op cit .

identique, s'ils avaient utilisés de faux chèques, des chèques sans provision, ou de fausses traites. Aucun rapport de nécessité ne les unit, elles sont seulement contingentes. Mme le professeur Koering- Joulin[239] souligne d'ailleurs avec justesse que la jurisprudence n'a pas hésité à créer, pour les besoins de la répression, une notion spéciale de connexité internationale, différente de celle qui a cours en droit interne.

Plus récemment, La Chambre criminelle de la Cour de cassation a poursuivi dans cette voie en retenant la qualification « *d'acte caractérisant un élément constitutif de l'infraction* »[240] à l'encontre d'une association de malfaiteurs qui s'était tenue en Belgique en vue de préparer en France certains crimes. Ainsi, le seul fait d'avoir participé en Belgique à une entente en vue de préparer des crimes en France, suffit à se rendre justiciable des tribunaux français compétents du chef de territorialisme indépendamment de toute participation en France aux crimes qui y ont été commis. Avec justesse, Monsieur le Professeur Fournier soutient que : « *Rien ne justifie la généralisation de cette extension de compétence en cas d'association de malfaiteurs* ».[241]

Cette boulimie, si elle est contestable d'un point de vue strictement juridique peut d'une certaine manière se comprendre. Sans elle, de nombreuses affaires internationales relatives à des papiers et documents commerciaux ne parviendraient jamais à la connaissance des juridictions françaises. De plus, elle est favorisée par l'imprécision des notions d'indivisibilité, de connexité et plus généralement de celle de territorialité. Mais elle contribue aux incertitudes liées au droit pénal

[239] R.S.C., 1982,609, op cit.
[240] Crim, 20 fév. 1990. D. 1991. juris. , p 395.
[241] A. Fournier, Ency. Dall., Compétence internationale, n° 106.

international, qui laissent toujours la place aux manœuvres dilatoires, visant à contester la compétence des juridictions françaises.

D'autres pays sont d'ailleurs confrontés à d'importantes difficultés en matière de localisation des infractions d'affaires liées à l'utilisation de papiers et documents commerciaux. Aux Etats-Unis, pays à structure fédérale, le tribunal compétent est parfois celui du lieu où le dernier acte a été réalisé pour consommer un ensemble d'infractions,[242] par exemple le lieu d'encaissement d'un chèque. Parfois, c'est le lieu d'exécution du contrat[243] ayant donné lieu à malversation comptable qui sera pris en compte. Dans d'autres hypothèses, les fraudes seront localisées au domicile de la société mise en cause.[244]

[242] Il s'agit de l'application de la théorie des droits acquis défendue par J. Beale, Conflict of Laws, 1935.
[243] Dans l'affaire Auten v. Auten,308.N.Y. 155, 124 N.E. 2 d 99. 1954; la cour de New York jugea que les contrats commerciaux doivent être régis par le droit de l'Etat ayant les liens les plus importants et révélateurs avec la cause.
[244] La cour suprême, considérant que tous les actionnaires d'une société ou membres d'une organisation analogue étaient censés recevoir, pour des raisons d'équité, un traitement analogue, parce que les tribunaux de tous les Etats doivent faire le choix de la loi de l'Etat d'incorporation de la personne morale concernée, Brodrick v. Rosner, 294. US.629, 1935. ; C.T.S. Corp. v. Dynamics Corp. of America, 107 S. Ct 1637, 1987.

La France ne connaît pas ces difficultés liées à une structure fédérale. Elle en subit cependant parfois les conséquences en raison des problèmes de réciprocité d'incrimination qui peuvent naître entre elle et un Etat à structure fédérale comme la Suisse. Ces difficultés peuvent contribuer à limiter le regroupement de plusieurs infractions dans le cadre d'une même instance.

B) La limite au regroupement de plusieurs infractions: la réciprocité d'incrimination

Pour pouvoir regrouper dans le cadre d'une même affaire plusieurs infractions distinctes, il apparaît nécessaire que les infractions commises à l'étranger soient punies par la législation du pays où elles ont été commises. Ce principe résulte des dispositions de l'ancien article 689 C.P.P. « *Un fait qualifié délit par la loi française peut être poursuivi et jugé par les juridictions françaises si le fait est puni par la législation du pays où il a été commis* », qui ont été reprises dans l'article 113-6 du Code pénal actuel: « *La loi pénale française ... est applicable aux délits commis par des Français hors du territoire de la république si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis* ». Le principe de réciprocité est donc maintenu dans le nouveau code pénal. (Seuls les problèmes liés à la complicité réalisée à l'étranger d'une infraction

commise en France devraient être affectés par la rédaction du nouveau code pénal).

L'application de ce principe de réciprocité a pour conséquence de limiter l'extension de compétence des juridictions françaises. Ce principe, s'il permet le respect de la souveraineté des Etats étrangers apparaît parfois comme un dangereux frein à la répression de la grande délinquance internationale d'affaires. La mauvaise volonté des autorités étrangères peut sembler préjudiciable à la sécurité des transactions internationales. En matière d'affaires relatives à des papiers commerciaux, l'exemple le plus frappant est sans doute celui de la Suisse.

En effet, les plus grosses affaires de fausses factures ayant des liens avec la France semblent passer par la Suisse et ce pour deux raisons. Tout d'abord la position géographique de la Suisse est avantageuse, au cœur de l'Europe elle est frontalière de la France. Il est plus facile de récupérer des fonds en Suisse qu'aux îles Caïmans. Ensuite, ce pays offre des gages de compétence en matière financière, de respectabilité et surtout de discrétion, avec son fameux secret bancaire. Dès lors qu'il n'existe pas de réciprocité d'incrimination, la Suisse refuse non seulement la levée du secret bancaire, mais également l'entraide judiciaire.[245]

La levée du secret bancaire Suisse n'est possible qu'en application du principe de la double incrimination

[245] L.G.D.J., collect. « Le droit des affaires par pays » ed Jupiter 1989, Tome Suisse, Banque et Bourse, voir à Système bancaire.

(art 64 E.I.M.P. [246]). Or, le secret bancaire est particulièrement bien gardé en Suisse, comme on peut s'en douter. Contrairement au droit pénal français, le secret professionnel du banquier est encore plus fort que celui du médecin, de l'avocat ou de l'ecclésiastique. En effet, la violation du secret bancaire est poursuivie d'office alors que la violation du secret professionnel du médecin de l'avocat ou de l'ecclésiastique n'est poursuivie que sur plainte (art 321, ch. 1 C.P.S. [247]). La tentative d'instigation à la violation du secret bancaire est même punie de sanctions pénales (art 47 al 2 L.F.B.[248]). Pourtant, comme dans tous les autres Etats de droit, la protection de la sphère privée est limitée par la nécessité de poursuivre les délits. En principe, la banque ne peut se retrancher derrière son obligation de discrétion pour refuser de témoigner ou de remettre à la justice les pièces qui lui sont demandées.

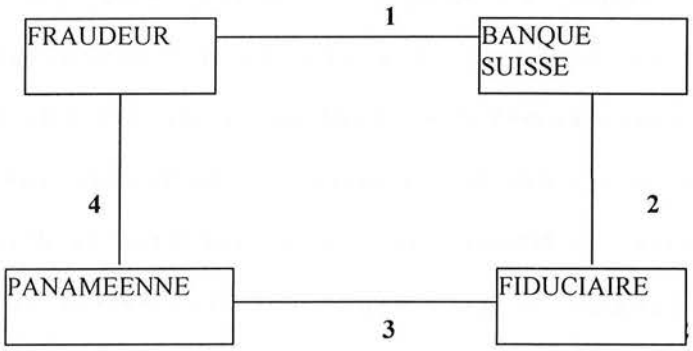
Les attaques répétées des Américains et des Français à l'encontre du secret bancaire ont conduit l'association suisse des banquiers et la banque nationale suisse à proposer aux banques en 1977 une « *convention de diligence* » visant à moraliser le secret bancaire. Elle est entrée en vigueur le 1er juillet 1977, prorogée et modifiée à plusieurs reprises en 1982 et 1987. Malheureusement pour la France (heureusement pour les délinquants d'affaires), l'article 5 de ce texte permet à certaines personnes tenues au secret professionnel en Suisse de remplir une formule spéciale auprès des banques. Le formulaire B1 concerne les avocats ou les notaires suisses. Le formulaire

[246] Loi fédérale sur l'Entraide Pénale en Matière Internationale, entrée en vigueur le 1er janv. 1983.
[247] Code Pénal Suisse.
[248] Loi Fédérale sur les banques et les caisses d'épargne, (L.F.B. 1934 et L.F.B. 1971 révisée).

B2 concerne les fiduciaires et les gérants de fortune suisses. Au moyen de ces formules spéciales, ces personnes déclarent connaître l'ayant droit économique du compte. La banque ne connaît alors pas le nom de cette personne. Le secret est alors quasi absolu, bien davantage qu'en ce qui concerne les comptes numérotés dont les noms des titulaires sont connus de la banque. Il est dès lors quasiment impossible aux autorités Françaises de remonter les filières de fausses factures et d'entreprises fictives situées au Panama et gérées par des fiduciaires suisses à la probité douteuse.[249] (cf, Schéma financier)

[249] D. Robert, La justice ou le chaos, 1996, interview de R. Van Ruymbeke, conseiller à la cour d'appel de Rennes p 16 et s.

Le schéma du montage financier peut être représenté comme suit:



1) Transfert d'argent « *sale* » en Suisse

2) La banque suisse fait signer un formulaire sur lequel n'apparaît que le nom d'une fiduciaire

3) La fiduciaire gère l'argent du fraudeur au nom d'une société panaméenne souvent fictive

4) Le fraudeur récupère son argent « *blanchi* »

En matière d'entraide judiciaire, les lois suisses multiplient les difficultés juridiques dès lors qu'un magistrat français veut avoir accès à des papiers commerciaux détenus par des banques Suisses. Ainsi, la Suisse n'accorde pas l'assistance en cas de délits politiques, militaires, fiscaux, économiques ou monétaires. Il est possible de regretter qu'il n'existe pas entre la Suisse et la France un traité équivalent à celui qui lie la confédération Suisse aux Etats-Unis d'Amérique. Ce traité sur l'entraide judiciaire en matière pénale, entré en vigueur le 23 janvier 1977 prévoit dans son article 7 une entraide en matière fiscale.

En ce qui concerne la loi fédérale sur l'entraide pénale en matière internationale, l'activité poursuivie doit être punissable non seulement dans l'Etat requérant, mais également en Suisse (comme l'escroquerie ou plus récemment le délit d'initié). De surcroît, l'Etat requérant doit assurer la réciprocité (art 8 EIMP). Et quand bien même ces conditions seraient remplies, cette loi sur l'entraide pénale en matière internationale n'est qu'une loi fédérale, ce n'est pas un traité. Les autorités compétentes jouissent d'un certain pouvoir d'appréciation. L'entraide n'est pas obligatoire, elle peut être refusée. Or, selon certains magistrats suisses ou français, les autorités des cantons germanophones (Zurich) paraissent moins bien disposés à l'égard de leurs collègues français que les autorités francophones (Genève).[250]

[250] D Robert, La justice ou le chaos, 1996, interview de B. Bertossa procureur général à Genève p 89 et s.

Néanmoins, ces dernières années, la position de la Suisse s'est quelque peu assouplie à l'égard des pays européens en raison de considérations économiques et politiques. La loi sur l'entraide internationale en matière pénale entrée en vigueur le 1er janvier 1983 prévoit une intéressante disposition en son article 18.[251] Ce texte permet la constitution de preuves, sans examen de la question de savoir si le principe de la double incrimination est satisfait. Mais la Suisse continue d'appliquer le principe dit de « *spécialité* ». Selon ce principe (art 67 E.I.M.P.), les renseignements transmis à un Etat étranger par la Suisse ne doivent pas être utilisés dans la poursuite d'autres infractions que celles pour lesquelles l'entraide judiciaire a été accordée. Dès lors, si l'entraide judiciaire a par exemple été accordée pour la poursuite d'une escroquerie, la découverte de documents commerciaux attestant d'une fraude fiscale en France ne pourrait être utilisée en France, car tout autre utilisation de ces documents que celle admise par l'article 67 E.I.M.P. doit être soumise au consentement de l'office de police Suisse.[252]

L'extension du domaine d'application de la loi pénale française dans l'espace n'est donc pas illimitée, malgré certaines interprétations supra- téléologiques ou même infra- analogiques du principe de la territorialité par la jurisprudence. L'application de la loi pénale dans

[251] « Si un Etat étranger le demande expressément et qu'une procédure prévue par la présente loi ne semble pas manifestement inadmissible et inopportune, des mesures provisoires peuvent être ordonnées en vue de maintenir une situation existante, de protéger des intérêts juridiques menacés ou de préserver des moyens de preuve. Lorsqu'il y a péril en la demeure et que les renseignements fournis permettent d'examiner si toutes les conditions sont remplies, ces mesures peuvent être ordonnées sur requête de l'office fédéral dès l'annonce d'une demande. »
[252] Curt Markees, Entraide internationnale en matière pénale, la loi fédérale du 20 mars 1981 (EIMP), dans FJS, Genève 1982 à 1986, colloque, l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, civile, administrative et fiscale, études suisses du droit européen, vol 30, Georg éditeur SA, Genève 1986.

le temps donne également lieu à certaines dérives jurisprudentielles concernant des affaires liées à des papiers et documents commerciaux.

Section II: L'extension du domaine d'application de la loi pénale dans le temps

Les délinquants d'affaires les plus habiles tentent de dissimuler leurs malversations au moyen de manipulations comptables ou de papiers commerciaux mensongers. Ces manœuvres sont donc souvent découvertes longtemps après leur commission. Afin que ces délinquants ne puissent échapper à la répression pénale en raison de la prescription de l'action publique, les juridictions se sont évertuées à étendre le domaine d'application de la loi pénale dans le temps, mais ceci parfois au prix d'une interprétation, supra- téléologique parfois infra- analogique, discutable. Deux méthodes ont été utilisées par la jurisprudence pour reculer la date de prescription de l'action publique: le recul de la date de consommation de l'infraction (§I), ou l'application répressive des règles de suspension ou d'interruption de la prescription (§II).

§I: Le recul de la date de consommation de l'infraction

Afin de reculer la date de consommation de l'infraction, la jurisprudence a parfois assimilé des infractions instantanées à des infractions continuées ou à des infractions successives. Dans le premier cas, on est en présence d'une interprétation téléologique pure A), dans le second cas, d'une interprétation supra- téléologique B).

A) L'assimilation des infractions instantanées à des infractions continuées: une interprétation téléologique pure

L'infraction instantanée est en principe celle qui se réalise en un trait de temps. L'élément constitutif légal de l'infraction est exécuté en un seul moment comme par exemple le vol. Ce moment est pris en compte comme point de départ de la prescription. En revanche, l'infraction

continuée[253] est en réalité une succession d'actes délictueux ayant chacun le caractère de délits instantanés mais reliés entre eux par une unité de résolution et de but. Dans de nombreuses hypothèses de malversations réalisées au moyen de papiers commerciaux, escroquerie à la T.V.A, escroquerie aux sociétés, carambouillage, la remise de sommes d'argent s'étale sur une longue période. La jurisprudence en la matière a fait preuve d'interprétation téléologique pure en assimilant des infractions instantanées à des infractions continuées.

Ainsi, l'escroquerie, est en principe une infraction instantanée. Cependant la jurisprudence l'assimile à une infraction continuée. Dès lors qu'une succession de manœuvres correspond à une succession de remises, la cour de cassation semble considérer que cette suite d'opérations constitue un tout indivisible. Il s'agit là d'une interprétation téléologique pure du principe de prescription de l'action publique. Il serait en effet artificiel de considérer séparément un ensemble de manœuvres et de remises qui sont en réalité liées à la même affaire. Ainsi, dans un arrêt de la chambre criminelle du 17 décembre 1974, [254] un individu avait obtenu des crédits s'étalant sur une période de 10 ans en produisant régulièrement des faux bilans annuels et des warrants sur des marchandises prétendument produites. Dans un premier temps, La cour d'appel écarta la prescription, car « *...elle ne courait qu'à compter de la découverte du dernier maillon de la chaîne lorsqu'il s'agit d'une escroquerie complexe constituée par un ensemble de manœuvres provoquant des remises successives... et que les agissements*

[253] L'infraction continue doit être distinguée de l'infraction continuée. La première suppose un état infractionnel, caractérisé par une action initiale qui se renouvelle à la fois par la persistance de l'élément matériel et par la persistance de l'élément intentionnel. La seconde suppose, non un état qui dure, identique à lui - même à tout instant, mais la succession d'agissements délictueux, constituant autant de délits instantannés, mais reliés par une unité de résolution: d'où l'idée d'une continuité, et l'application par la jurisprudence , des règles juridiques de l'infraction continue à l'infraction continuée. Cf Donnier, R.S.C. 1958.

[254] Crim, 17 dec 1974, B. 371.

du coupable se sont prolongés de façon continue et par imbrication d'une année sur l'autre par suite du renouvellement de fausses déclarations et des faux dans des écritures de commerce en vue de l'obtention de prêts et qu'il s'agissait ainsi d'une activité d'ensemble et continue ». En dépit du pourvoi qui faisait valoir qu'il n'y avait pas eu imbrication de manœuvres, la cour de cassation reprit l'argumentation de la cour d'appel et affirma que « *lorsque comme en l'espèce, des manœuvres frauduleuses répétées sont exercées sur un ou des individus et se poursuivent pendant une longue période, formant entre elles un tout indivisible et provoquant des remises successives de fonds, la prescription ne commence à courir qu'à partir de la dernière remise* ». Il en va de même, pour des entrepreneurs qui produisirent sur une longue période de nombreux mémoires et états de situations mensongers.[255]

Il convient de remarquer, qu'une solution identique a été retenue concernant la violation du secret professionnel par le commissaire aux comptes. Ainsi, le fait pour un commissaire aux comptes de communiquer illégalement les informations contenues dans son rapport (Art. L. 225-240 C. com ; Anc. Art 233 al 1, Loi de 1966) est constitutif d'une infraction. Cette infraction est en principe instantanée,[256] mais il y a autant de points de départ de prescriptions que de violations du secret professionnel.[257]

Cette interprétation téléologique pure du principe de prescription de l'action publique permet de ne pas laisser impunis divers faits qui

[255] Crim, 18 juill 1968, B. 234; 22 juill 1971, B. 237; 9 mai 1972, B. 161, G.P. 1972. 2. 81.
[256] Crim, 30 avril 1968, B. 135.
[257] Crim, 25 janv 1978, D. 1978, p 153.

participent en réalité d'un même ensemble délictueux. En revanche, l'assimilation des infractions instantanées à des infractions successives paraît plus discutable.

B) L'assimilation des infractions instantanées à des infractions successives: Une interprétation supra-téléologique

Lorsque des papiers commerciaux frauduleux sont employés pour obtenir un titre ou une inscription, qui permettent ensuite de recevoir périodiquement des fonds, à quel moment faut-il situer la consommation de l'infraction, au moment de la remise des titres ou de l'inscription, ou bien faut-il tenir compte des remises de fonds?

En jurisprudence, il existe de nombreux exemples de salariés qui présentent de faux documents pour obtenir des allocations ou des fonds de pension. L'hypothèse la plus typique est celle de l'escroquerie à la sécurité sociale. Mais ces hypothèses concernent également les professions indépendantes. Un commerçant ou un dirigeant d'entreprise peut par exemple présenter une comptabilité fictive à divers organismes pour obtenir des aides, ou des dégrèvements. La fraude aux subventions européennes a porté sur des sommes considérables. Rappelons que la France (20 %) est derrière l'Allemagne (30 %) le deuxième contributeur en recette du budget de la

communauté.[258] Dans le département du Var, par exemple, la vérification par la chambre régionale des comptes Provence- Alpes- Côte d'Azur de fonds d'aide en faveur de la reconversion de zones de chantiers navals a ainsi été marquée par « *une surfacturation dépassant 5 millions d'Euros (32 millions de francs) lors de la réalisation d'équipements destinés à favoriser l'innovation technologique* ».[259] Ces fraudes sont d'autant plus difficile à détecter qu'il existe une multitude d'aides et de subventions qui peuvent être récupérées à Bruxelles.[260]

Dans un premier temps, concernant l'incrimination d'escroquerie, la cour de cassation a fait preuve d'une interprétation téléologique pure. Elle a ainsi considéré que le délit était réalisé au moment de la remise du titre ou de l'inscription. Le titre constituait la chose escroquée, les versements de fonds obtenus ultérieurement n'apparaissant que comme des conséquences de l'escroquerie. Ces versements généralement ne s'accompagnent pas de nouvelles manœuvres. Cette analyse orthodoxe avait pour inconvénient de rendre impossible la poursuite pénale lorsque la remise du titre datait de plus de trois ans, alors même que les versements de fonds consécutifs à la remise du titre dataient de moins de trois ans. Cette analyse conduisait à assimiler l'escroquerie à une infraction permanente, infraction « *dont les effets délictueux se poursuivent dans le temps par la seule force des choses* ».[261]

---

[258] Per Brix Knudsen, La fraude au détriment du budget de la communauté, R.S.C. 1995, p 65 et s.
[259] Le Figaro économique, 9 mai 1996, « Fraudes: main basse sur les aides ».
[260] cf, rev. L'entreprise, mai 1996, « L'argent que vous pouvez récupérer à Bruxelles » p72 et s.
[261] R.Merle et A. Vitu, Traité de droit criminel, op cit, 6 eme ed, p 592, n°461.

Pour pallier les graves inconvénients d'une telle conception de l'infraction, la jurisprudence eut recours à une interprétation supra-téléologique, qui sur le plan de la théorie juridique n'apparaissait pas satisfaisante. Des arrêts de la cour d'appel de Caen, le 27 mai 1953[262], puis de Rouen le 12 juillet 1954 [263] estimèrent que la prescription ne commençait à courir qu'à la date du dernier versement. La cour de cassation, le 1er mars 1955 [264]confirma cette position, l'ensemble des faits devant s'analyser comme une opération frauduleuse unique, impliquant une unité de résolution criminelle et la violation du même droit. Dans une autre décision, la cour de cassation sembla considérer que les manœuvres frauduleuses étaient réitérées à chaque versement de fonds, alors que le bénéficiaire n'avait en réalité qu'une attitude purement passive. Concernant la perception de billet de fonds, la jurisprudence sembla effectuer un revirement en 1965: « *La date du délit... et le point de départ de la prescription, sont fixés au jour où la remise a été effectuée, sans qu'il y ait lieu d'avoir égard aux actes qui ont pu ultérieurement poursuivre ou réaliser l'exécution des titres escroqués* », la valeur de crédibilité des titres était alors réelle. Mais cette décision resta par la suite sans influence sur la jurisprudence.[265]

[262] Caen, 27 mai 1953, J.C.P. 1953. II. 7858, note R. de Lestang; R.S.C. 1954 . 133, obs Bouzat.
[263] Rouen, 12 juillet 1954, J.C.P. 1954. II. 8369, D. 1955. 261. , note J. Larguier, R.S.C. 1955. 86. , obs Bouzat.
[264] Crim, 1er mars 1955, D. 1955; 348, J.C.P. 1955, II. 8649.
[265] Crim, 27 janv 1970, B. 40.

La doctrine est généralement hostile à ce type d'analyse qui consiste à assimiler une infraction instantanée à une infraction successive. Cette interprétation supra- téléologique de la prescription de l'action publique se rattache à un mouvement plus général de « *refoulement* » de cette prescription. En principe, l'infraction successive se perpétue par un renouvellement constant de la volonté pénale de son auteur. Or, peut-on considérer que la remise périodique atteste d'un renouvellement constant de la volonté? Certains auteurs ont soutenu que même « *si l'escroc reste passif, il n'en accepte pas moins ces remises et cette acceptation renouvelée établit la continuité morale nécessaire* ».[266] Cette affirmation a le mérite de donner une assise théorique aux positions adoptées par la jurisprudence. Mais elle paraît quelque peu audacieuse au regard de la définition classique de l'infraction successive.

Une autre technique que celle du recul de la date de consommation de l'infraction est également utilisée pour étendre le domaine d'application de la loi pénale dans le temps, il s'agit du recul de la date de prescription de l'infraction.

[266] M. le Professeur Seuvic, thèse précité, p 896.

§II: Le recul de la date de prescription de l'infraction

Le recul de la date de prescription de l'infraction peut être obtenu par deux techniques: soit l'application répressive des règles de suspension ou d'interruption de la prescription A), soit la prise en compte du jour où le délit a pu être constaté B). Il y a là un risque d'interprétation supra- téléologique ou même infra- analogique. Ce recul de la date de prescription a donné lieu à de nombreuses interprétations doctrinales C).

A) L'application répressive des règles de suspension ou d'interruption de la prescription: les risques de dérive supra- téléologique

Concernant la plupart des délits d'affaires en relation avec l'utilisation de papiers commerciaux, la prescription de l'action publique peut être interrompue par tout acte de poursuite ou d'instruction intervenu dans un délai de 3 ans. En principe, cette interruption de la prescription ne concerne que les faits qui ont été soumis au juge d'instruction. Par conséquent, l'interruption de la

prescription est limitée à l'infraction que vise l'acte interruptif, mais peu importe que la qualification initialement donnée au fait poursuivi ait été modifiée au cours de la procédure.[267] Cette solution s'impose logiquement en raison de la saisine in rem du juge d'instruction. La prescription ne peut pas en principe s'étendre à d'autres faits délictueux, distincts de celui que concerne cet acte, quand bien même tous seraient l'objet d'une procédure unique. On dit que la prescription opère « *in rem* ». Pourtant, cette règle a été sensiblement assouplie par la jurisprudence en matière de délits d'affaires liés à des papiers commerciaux. Les distinctions utilisées en ce qui concerne l'application de la loi pénale dans l'espace (supra, Section I) peuvent être reprises ici avec les mêmes réserves.

La jurisprudence a tantôt fait preuve d'une interprétation téléologique pure parfaitement orthodoxe, mais elle a parfois eu recours à l'interprétation supra- téléologique.

Dès lors que la jurisprudence se borne à établir un rapport de dépendance nécessaire entre différents délits, elle fait preuve d'une interprétation téléologique pure à l'abri de toute critique, Il s'agit d'indivisibilité réelle. C'est le cas, lorsque la cour de cassation admet qu'une plainte avec constitution de partie civile visant en une formule générale, les délits concernant la gestion d'une société, réalisés au moyen de papiers commerciaux, interrompent la prescription à l'égard de tous les faits commis, qu'ils soient des infractions de droit commun (abus de confiance, escroquerie) ou qu'ils soient punis

[267] Crim, 15 mars 1972, B. 107.

seulement par les lois spéciales aux sociétés.[268] C'est également le cas lorsque les actes interruptifs étendent leurs effets à l'action fiscale dès lors qu'ils visent des faits constituant, à la fois, des infractions de droit commun et des infractions fiscales.[269]

En revanche, lorsque la jurisprudence rapproche des infractions indirectement liées, lorsqu'il n'existe pas de lien nécessaire entre ces différents délits, et que l'un peut exister sans l'autre, on est en présence d'une indivisibilité fictive. Il s'agit alors d'une interprétation supra- téléologique discutable. L'affaire « *Pathé-cinéma* » en est un exemple. En l'occurrence, un administrateur de cette société avait déterminé le conseil d'administration en présentant de faux bilans à conclure avec une société fictive une convention qui se révélera ruineuse pour les actionnaires de Pathé- cinéma. A l'époque, les membres de la machination furent « *inculpés* » pour escroquerie. Cependant, plus de trois ans s'étaient écoulés depuis les faits. L'infraction était donc prescrite. Or, dans l'intervalle des trois ans, une plainte avec constitution de partie civile avait été déposée à l'encontre de cet administrateur, mais pour des faits partiellement distincts de ceux qui justifiaient l'inculpation pour escroquerie. Le tribunal correctionnel de la Seine[270] pourtant n'hésita pas à étendre l'effet interruptif de cette première plainte à celle constituée a posteriori pour escroquerie. La cour d'appel de Paris, puis la cour de cassation admirent cette extension de l'effet interruptif de la prescription au motif que ces infractions étaient indivisibles. Mais cette indivisibilité était en réalité fictive. L'escroquerie n'était liée qu'indirectement aux

---

[268] Crim, 16 mai 1924, G.P. , 1924.2.293; 12 mars et 17 déc; 1936, G.P., 1936.1.828 et 1937.1.192; 22 oct. 1970, B., 279, R.S.C., 1971, 699, obs Robert; 30 juin 1971,B.218; Colmar, 26 juil; 1935, S., 1936-2.192, note Delpech; T. Corr. Seine, 2 juin 1939,R.S.C.,1949, 682, obs. Donnedieu de Vabres.
[269] Crim, 4 mai 1960, B. 238; Crim, 13 mai 1976, B.158;Crim 3oct 1977, B. 280.
[270] Trib. Corr. Seine, 2 juin 1939, R.S.C. 1939. 682, obs. H. Donnedieu de Vabres.

autres infractions, l'une aurait pu exister sans les autres. Comme le soulignait le Professeur Donnedieu de Vabres, cette interprétation procède « *...d'une fiction, et cette constatation fait désirer qu'on l'applique avec prudence* ».[271]

De même, l'interprétation supra- téléologique, qui vise à étendre la prescription interruptive à des faits contingents, non véritablement liés entre eux, ne procédant pas d'une conception unique, c'est à dire connexes, doit, également, être combattue. Il y a là une définition erronée d'un texte (art.203 CPP) qui malheureusement n'est pas suffisamment précis.

La jurisprudence, concernant les papiers et documents commerciaux, a cependant parfois procédé à cette interprétation discutable.[272] Pourtant comme le soulignent justement certains auteurs,[273] le seul effet admissible de la connexité est d'assurer une jonction des procédures permettant une meilleure administration de la justice. Or, lorsqu'elle est utilisée à d'autres fins, comme l'extension des effets des actes interruptifs de prescription, la bonne administration de la justice n'est plus en cause.

Mais, l'extension des effets des actes interruptifs de prescription n'est pas la seule méthode utilisée pour reculer la date de prescription de l'infraction. Parfois, la jurisprudence prend en compte le jour où le délit a pu être constaté comme point de départ de la prescription.

---

[271] R.S.C. 1939, op cit, p 683.
[272] Crim, 8 dec 1965, G.P. 1966. 1. 112.; Crim, 12 mars 1936, G.P. 1936.1. 829.
[273] M. Gobert, La connexité dans la procédure pénale française, J.C.P. 1961. 1. 1607.

B) La prise en compte du jour où le délit a pu être constaté : une interprétation infra- analogique

Comme cela a déjà pu être établi, les fausses facturations, les comptabilités fictives sont souvent utilisées pour dissimuler des détournements de fonds au sein des entreprises. Pour cette raison, les faits constitutifs d'abus de biens sociaux, et même d'abus de confiance peuvent être découverts très longtemps après leur réalisation. Si la jurisprudence prenait en compte comme point de départ de la prescription la date de réalisation de l'infraction, dans de nombreuses hypothèses, l'infraction serait prescrite. Aussi, depuis un arrêt de la chambre criminelle de 1935, en ce qui concerne l'abus de confiance, les tribunaux retardent le point de départ de la prescription jusqu'au moment où l'infraction a pu être constatée. En l'espèce,[274] l'auteur de l'abus de confiance avait dissimulé à ses créanciers ses détournements au moyen de papiers et documents commerciaux et de manœuvres dilatoires.

[274] Crim, 4 janv 1935, G.P. 1935, I, 353; R.S.C. 1936, p. 86, obs Carrive.

Cette solution fut confirmée par d'autres arrêts,[275] elle peut être aujourd'hui considérée comme certaine. Par conséquent, le point de départ de la prescription doit être situé au jour où « *le délit est apparu et a pu être constaté par la victime* ». Cependant, la prescription commence à courir, dès lors que la victime a eu la possibilité de découvrir le détournement et non lorsqu'elle l'a effectivement découvert. L'inaction de la victime peut donc être considérée comme une négligence, et « *il ne saurait être question de faire dépendre la prescription de la plus ou moins grande rapidité de la victime à intenter son action* ».[276]

Dès 1961,[277] cette interprétation fut étendue aux abus de biens sociaux, le point de départ de la prescription étant retardé jusqu'au jour où l'emploi abusif des fonds a pu être constaté. Ces mêmes règles ont par la suite été appliquées par de nombreuses juridictions. La Cour de Bordeaux par exemple, le 24 mars 1964[278] affirma: « *Qu'il est admis par la jurisprudence, pour l'abus de confiance comme pour l'abus de biens sociaux, que le délai de prescription ne commence à courir que le jour où les tiers intéressés et notamment les créanciers ont constaté les faits délictueux, ou du jour du dépôt de bilan* ». D'autres juridictions firent même appel à la notion de clandestinité en précisant que « *la prescription ne commence à courir, dans le cas où l'acte est demeuré clandestin, que du jour où les faits ont pu être constatés et découverts, s'agissant de créanciers lésés par les agissements du dirigeant la*

[275] Crim, 6 oct 1955, B; 378; 28 janv 1959, B. 71; 16 mars 1970, D. 70, p. 498, note J.M.R. ; 19 oct 1971, B. 267; Amiens 26 nov 1959, D. 60 somm. P. 58; Crim, 19 fev 1975, B. 58; 10 mars 1976, B. 88; 7 déc 1976, B. 350; 26 janv 1977, B. 35.
[276] Trib. corr. de la Seine, 6 nov 1956, G.P., 57, I, 140; R.S.C. 1957, p. 383, obs Bouzat.
[277] Cour de Paris, 30 juin 1961, J.C.P. 62, II, 12783, note Kahn, D. 1962, I, 393, note Touffait- Herzog.
[278] J.C.P. 64, II, 13648, note Larguier, même sens Paris 12 janvier 1965, D. 65, 637, note Goré, Paris 18 mai 1965, Gaz. Pal. 65, II, 260.

prescription ne court pas du jour de dépôt de bilan ».[279] Ces solutions furent d'ailleurs approuvées par la cour de cassation.[280] La jurisprudence a même été plus loin. Toujours concernant l'abus de bien sociaux, elle s'est référée à la notion *« d'ignorance légitime »*, en retardant le point de départ de la prescription alors qu'aucune manœuvre destinée à assurer la clandestinité de l'infraction n'avait été constatée.[281] Depuis un arrêt du 10 août 1981,[282] la formulation a été complétée de la manière suivante: « *Le point de départ de la prescription... dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique* ». Cette jurisprudence a été confirmée par l'arrêt Carrignon du 27 octobre 1997.[283] Un arrêt du 6 février 1997 a même étendu cette solution au recel d'abus de biens sociaux.[284]

Les mêmes techniques ont été utilisées pour reculer la date de prescription de certaines infractions spécifiques à la gestion des sociétés et liées aux documents commerciaux.

Le délit de <u>présentation ou de communication de comptes annuels inexacts</u> (Art L . 242-6-2° C. com., Anc. Art 437-2°L 1966, pour les S.A.; Art. L. 241-3-3° C. com, Anc. Art 425-3° L 1966, pour les S.A.R.L.), dont l'élément constitutif légal s'exécute en un trait de temps, est en principe instantané.[285] Cependant, pour des raisons d'efficacité de la répression, la jurisprudence retarde en général le point de départ de la prescription jusqu'au jour où les faits ont pu être

[279] Cour de Rennes, 26 juin 1962, J.C.P. 62 , II, 12830.
[280] Crim, 7 déc 1967, D. 68, p. 617, B.321; 13 janv 1970, D. 70 p. 345, note J.M.R.; Rev; Soc. Crim. 1970, p 657, obs Bouzat.; Crim, 25 ami 1975, B. 257, p. 680; 20 juill 1977, B. 267, P. 668.
[281] Thèse Leinster, op cit, p 519.
[282] Crim, 10 août 1981, B 244; Rev. Soc. 1983, p 368, note B. Bouloc; G.P. 1981, 2, p 696.
[283] Les Petites Affiches, 7 nov. 1997, n° 134, p 6- 24; L.P.A. 5 Déc. 1997, n°146, p 30-32.
[284] Crim, 6 fev 1997. D. 1997, Juris. , p 335 et s.
[285] Paris, 12 juin 1984 , GP 1984 , 587, (point de départ de la prescription : la convocation).

découverts et connus.[286] Le délai commence à courir dès lors que le commissaire au compte a signalé l'irrégularité. En revanche, le délai ne court pas tant que l'inexactitude est dissimulée (si la présentation est suivie d'une publication, il y a deux infractions et donc deux prescriptions distinctes).

Concernant le délit de publicité mensongère, La date d'inscription des fausses indications n'a pas été prise en compte, comme cela aurait pu être possible. Selon la Chambre Criminelle[287] « *il est possible de retarder le point de départ de la prescription au jour où le délit a été constaté et a permis l'exercice de l'action publique* ».

Cette prise de position de la cour de cassation vis à vis du point de départ du délai de prescription a pu être considérée comme portant atteinte au principe de légalité criminelle. En effet, selon l'article 8 du code de procédure pénal la prescription de l'action publique en matière de délits est de trois années révolues à compter du jour où le délit est commis. La jurisprudence procède à une véritable interprétation infra-analogique de la notion de prescription publique en définissant de manière erronée un texte clair et précis. Il convient donc d'apprécier ce régime à travers la doctrine.

[286] Crim, 18 mars 1986, B 109 ; R soc 1987, p 85 obs Bouloc; Lyon, 11 fev 1966, GP 1966 . 1. 197.
[287] Crim, 20 fév. 1986, B.70.

C) L'appréciation doctrinale du recul du point de départ de la prescription.

Pour certains auteurs, le recul du point de départ de la prescription est nécessaire afin d'obtenir une politique criminelle efficace. Et ce régime privilégié accordé aux victimes, est la contrepartie des difficultés rencontrées pour découvrir le délit.[288] De plus, il s'agit de ne pas laisser impunis des actes accomplis au détriment d'une société. Pour d'autres, l'abus de confiance ou l'abus de biens sociaux ne peuvent être constatés qu'en raison de circonstances extérieures à leur réalisation. La prescription ne doit donc courir qu'à partir du moment où l'infraction a pu être découverte. De nombreux auteurs sont très critiques à l'égard de cette solution[289] et parlent *« d'imprescriptibilité de fait »*. Certains préconisent une suspension ou un retard du point de départ de la prescription mais seulement dans l'hypothèse de manœuvres dilatoires.[290] Pour d'autres encore, comme M. Varinard,[291] le recul du point de départ de la prescription est dû au caractère occulte de ces infractions. Pourtant, il est arrivé que la jurisprudence recule le point de départ de la prescription, alors que les agissements frauduleux n'étaient pas occultes, car connus de tous les administrateurs. Le caractère occulte de certains agissements ne peut donc pas être retenu comme fondement de ce recul.

---

[288] Note, op cit, J.M.R., D. 70 p. 345; plus récemment, M. Véron, L'abus de biens sociaux, évolution ou dérive?, G.P. 15 juin 1996, pp 623- 626.

[289] C. Champaud, Quand la justice cherche sa voie: l'abus de biens sociaux, Droit et patrimoine 1997 (Civil), p 56- 61; voir également, X. de Roux et K. Bourgartchev, L'abus de biens sociaux, derniers excès, Bull. Joly, Déc. 1995 p 1025-1033.

[290] J Larguier, « Le point de départ de la prescription en matière d'abus de biens sociaux » Mélanges Secrétan 1964, p 159 et s; R soc, 1983, p 368 et s, note B Bouloc.

[291] A. Varinard, La prescription de l'action publique,Thèse Lyon 1973, p 451.

De plus, le recul du point de départ de la prescription au jour où l'infraction a pu être découverte risque d'entraîner plusieurs points de départ de la prescription. La jurisprudence[292] admet de retarder ce point de départ au jour où la victime a pu constater les faits susceptibles de caractériser l'infraction. Mais l'usage abusif a pu apparaître à des dates différentes suivant les pouvoirs d'investigation des victimes, ce qui s'accorde mal avec le principe de légalité des délits et des peines.[293] Concernant les administrateurs, cette date pourrait être fixée au jour indiqué sur le procès verbal de réunion du conseil d'administration, concernant les actionnaires, au jour mentionné sur le procès verbal d'assemblée générale ordinaire pour l'approbation des comptes et l'examen du bilan. La jurisprudence se montre d'ailleurs tout à fait imprécise en la matière. Dans un arrêt de la cour de Paris,[294] deux dates furent retenues: pour le plaignant, celle du rapport de l'expert comptable, et pour les tiers et les actionnaires, celle de présentation du bilan à l'assemblée générale. Certains auteurs comme M. Sousi parlent de « *summum de la relativité , puisque c'est à l'égard des mêmes parties que deux points de départ du délai de prescription peuvent être retenus par la Cour* ».[295] La plupart des auteurs comme M. Chavanne[296] contestent cette pluralité de délais. M. Freyria[297] souligne le risque de « *télescopage* » lorsqu'une infraction se prête à une pluralité de qualifications. Il convient de rappeler que l'escroquerie est consommée par la remise des fonds,[298]

---

[292] Crim, 27 oct. 1999, Dr. pén., 2000, n°27.
[293] M. Delmas- Marty, G. Giudicelli- Delage, 4 eme éd.,.op cit, p 145 et s.
[294] C.A. Paris, 30 juin 1961, J.C.P. 62, II, 12783, note Kahn, D. 1962, I, 393, note Touffait- Herzog; même sens, C.A. Bordeaux, 24 mars 1964, J.C.P. 64, II, 13648, note Larguier.
[295] Sousi, « L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales, thèse Lyon, 1974, p 185.
[296] Chavanne, Travaux Association Henri Capitant, 1967, p . 140.
[297] C. Freyria, Imprescriptibilité du délit en droit pénal des affaires? , Sem. Jur. ed. Ent, 1996, partie Etudes et Chroniques, p. 241.
[298] Crim, 22 nov. 1983, B. 307; Crim, 27 mai 1991, B; 222.

ou le jour de l'arrêté de clôture de compte courant,[299] le faux en écriture, le jour de l'établissement du faux,[300] et l'usage de faux le jour de l'utilisation frauduleuse du faux.[301] En droit pénal de la fiscalité, la plainte de l'administration doit être déposée jusqu'à la fin de la troisième année qui suit celle au cours de laquelle l'infraction a été commise.[302]

Concernant l'abus de biens sociaux, la jurisprudence, de manière évasive, argue de la nature « *spéciale* » de l'incrimination: « *Le point de départ de la prescription, peut en matière d'abus de biens sociaux en raison de la nature spéciale de cette incrimination, être retardé jusqu'au jour où le délit a été constaté* ».[303] Mais la cour de cassation n'a semble t-il jamais donné de précision sur cette notion de nature spéciale. Selon M. Leinster,[304] il est possible de penser qu'à défaut de précision jurisprudentielle, la nature particulière des incriminations de l'article 437 al 3 et 4(Actuel Art. L. 242-6-3° et 4° C. com.) relève de leur finalité. En effet, ces infractions, tout comme l'abus de confiance dont elles sont issues, peuvent être qualifiées de « *pluri-offensives* ». Elles sont destinées à protéger le patrimoine social à l'encontre de la société elle-même et à l'encontre des associés. Cette explication convaincante, ne permet cependant pas de justifier l'attitude des magistrats, qui ont recours à une interprétation infra- analogique du principe de prescription la loi pénale contenu dans l'article 8 du code de procédure pénal .

---

[299] Crim. 4 juin 1935: D. 1936, p 55, note J. Hamel.
[300] Crim, 3 mai 1993, B. 162.
[301] Crim, 37 mai 1991 B. 222.
[302] L.P.F., art . L. 230 avec toutefois la suspension d'un délais maximum de six mois entre la saisine de la commission des infractions fiscales et la date à laquelle elle emet son avis.
[303] Crim 13 janv 1970, D. 70 P. 345, note J.M.R.; Crim 25 nov 1975, J.C.P. 1976, I, 18476; Rev Soc. 75, P. 655, note Bouloc.
[304] R. Leisnter, Thèse Nancy II, op cit, p 523.

Certains auteurs ont proposé de « *légaliser* » le régime de la prescription. Historiquement, les rédacteurs du code du 3 brumaire an IV (art 9 et 10) ainsi que du projet de code d'instruction criminelle de 1949 (art 6 et 2) envisageaient de fixer le point de départ de la prescription le jour où l'infraction a été effectivement découverte.[305]

Lors de la réforme du Code de procédure pénal en 1957 - 1958, de nombreux auteurs regrettaient également que le législateur n'ait pas consacré la jurisprudence. Concernant les abus de biens sociaux, M. Leinster[306] proposait d'aligner le régime de ces infractions sur celui de la responsabilité civile des administrateurs prévue par l'article 247 de la loi de 1966 (Actuel Art L. 225-254 C. com) selon lequel: « *l'action en responsabilité contre les administrateurs, tant sociale qu'individuelle, se prescrit par trois ans, à compter du fait dommageable ou s'il a été dissimulé de sa révélation...* ».

[305] A. Vitu, « Regards sur le droit pénal des sociétés », op cit, p 268.
[306] Thèse, op cit, p 523.

Malheureusement, en « *légalisant* » cette jurisprudence relative au recul du point de départ de la prescription au jour où l'infraction a pu être découverte, le législateur risquerait de s'éloigner à l'excès du principe de légalité criminelle. En effet, pour répondre au principe de légalité criminelle, les textes promulgués doivent être clairs et précis. Or, situer le point de départ de la prescription d'une infraction au jour où elle a pu être découverte, ce n'est pas faire oeuvre de précision. Comme il a déjà été remarqué, cela peut entraîner plusieurs points de départ de la prescription. Ce serait, comme l'ont déjà précisé certains auteurs contribuer à « *L'affaiblissement du principe de légalité criminelle* », les lois prenant « *une allure fâcheusement extensive et se bornant parfois à donner des directives générales aux juges, ou employant des termes vagues, au contenu mal délimité* ».[307] Pour B.Bouloc,[308] ces tempéraments au système de prescription légale témoignent du dévoiement d'infractions comme l'abus de biens sociaux. Ce délit d'intérêt privé a peu à peu été transformé en un délit d'intérêt général par la jurisprudence.

[307] R. Merle et A.Vitu, Traité de droit criminel, Problèmes généraux, 7eme ed, op cit, p 239, n° 162.

[308] Revue de jurisprudence commercial 1995, p 301 et s, obs B.Bouloc. L'auteur remarque également que l'immunité familiale ne joue pas pour cette infraction, ce qui tend à prouver qu'il s'agit d'un délit d'intérêt général (cf Crim, 13 avril 1967, B 119; D 1967, 593.)

Pourtant, compte tenu de l'utilisation complexe des documents commerciaux et notamment comptables destinés à dissimuler ces infractions d'affaires, il serait peu réaliste de vouloir se conformer au régime de droit commun (point de départ de la prescription: 3 ans à compter du jour de la commission du délit), même si la valeur de crédibilité réelle de ces documents est mise à mal. L'habileté comptable des délinquants d'affaires est telle que de nombreuses infractions d'affaires, telles que l'abus de confiance ou l'abus de biens sociaux seraient prescrites au moment de leur découverte.

D'ailleurs, les droits pénaux étrangers procèdent également fréquemment au recul des dates de prescription. Ainsi, aux Etats-Unis, si les délais de prescription sont généralement assez courts, ils sont en revanche assortis de règles qui les empêchent de courir lorsque le demandeur ou le défendeur sont absents du for.[309] En droit anglais, il n'existe pas de principe général de prescription extinctive. Concernant les infractions les plus graves, les « *indictables offences* » le temps n'éteint pas la responsabilité de l'accusé.[310] Cette situation est contestable, car même si les Anglais n'ont pas ratifié la convention européenne des droits de l'homme, l'article 6 de cette convention précise que les poursuites pénales doivent être engagées dans un délai raisonnablement court.

En France, M. Mazeaud, en tant que membre du conseil constitutionnel, a défendu une proposition de loi prévoyant d'amener à

[309] A. Levasseur, Droit des Etats-Unis, op cit, n°697.
[310] J.A. Jolowicz, Droit anglais, 2eme ed, précis dall. , n°526.

6 ans le délai de poursuite dans les affaires d'abus de biens sociaux,[311] mais à compter, comme en droit commun, de la date de consommation de l'infraction. Cette proposition avait le mérite de limiter en pratique la durée de prescription de certaines infractions d'affaires, tout en étant conforme au principe de légalité criminelle. Cependant, ce délai de 6 ans a pu paraître trop court aux yeux de nombreux juges. Les structures sociétaires et leurs comptabilités sont de plus en plus complexes, voire inextricables. Cette proposition de loi n'a pas aboutit. Pourtant, l'affirmation par le législateur d'une prescription dérogatoire au droit commun en matière de délits d'affaires pourrait mettre fin à une jurisprudence infra- analogique toujours contestable. Une prescription de 10 ans (identique à la prescription en matière criminelle) de l'action publique, à compter de la date de commission de l'infraction d'affaire aurait un double avantage. D'une part, elle permettrait de renforcer les principes de légalité criminelle et d'interprétation stricte de la loi pénale. D'autre part, cette prescription de longue durée n'aurait pas pour conséquence de favoriser l'irresponsabilité pénale les délinquants d'affaires les plus habiles.

L'entrée en vigueur du nouveau code pénal n'a malheureusement pas été l'occasion d'une réforme en matière de prescription de certaines infractions d'affaires liées aux papiers commerciaux, comme l'abus de confiance ou l'abus de biens sociaux. Certes, le nouveau code pénal fait explicitement référence à la notion de détournement dans l'intitulé d'un de ses chapitres. Ce qui tendrait à légitimer le recul du point de départ de la prescription au jour où ces détournements ont pu être découverts. Mais l'explication n'est pas satisfaisante, dans la mesure où la

[311] Proposition de loi n° 2.335 présentée par P. Mazeaud, enregistrée à la présidence de l'Assemblée Nationale, le 6 novembre 1995. Journal « Le Figaro », 6/02/1996.

jurisprudence s'aventure « *hors des frontières du détournement* »[312] pour s'appliquer à d'autres types de délits.

Le législateur, dans la rédaction du nouveau code pénal n'est donc pas parvenu à endiguer la vague jurisprudentielle d'interprétation supra- téléologique ou infra- analogique. Or, cette vague est particulièrement puissante, lorsqu'elle implique des affaires liées à des papiers et documents commerciaux. Cette vague se traduit non seulement par le déclin du principe d'interprétation stricte de la loi pénale, mais également par l'extension du domaine d'application de la loi dans l'espace et dans le temps. La jurisprudence, de même que le législateur ont également contribué à atténuer la matérialité des infractions en relation avec des papiers commerciaux participant ainsi au renforcement de la rigueur des qualifications en droit pénal des affaires.

[312] C. Freyria, art précité.

Titre II La matérialité atténuée des infractions et les papiers commerciaux

Toute infraction punissable comporte un substratum matériel nécessaire. Or, en ce qui concerne la protection des documents commerciaux, ce substratum va se trouver affecté par les nécessités d'une répression efficace. La matérialité s'atténue, à la fois à travers les actes d'exécution de l'infraction (Chap I.) et à travers la résultat, composante fréquemment exigée dans le droit pénal des affaires (Chap II). Cette atténuation va porter atteinte au principe d'interprétation stricte de la loi pénale.

B) La prise en compte du jour où le délit a pu être constaté : une interprétation infra- analogique

Comme cela a déjà pu être établi, les fausses facturations, les comptabilités fictives sont souvent utilisées pour dissimuler des détournements de fonds au sein des entreprises. Pour cette raison, les faits constitutifs d'abus de biens sociaux, et même d'abus de confiance peuvent être découverts très longtemps après leur réalisation. Si la jurisprudence prenait en compte comme point de départ de la prescription la date de réalisation de l'infraction, dans de nombreuses hypothèses, l'infraction serait prescrite. Aussi, depuis un arrêt de la chambre criminelle de 1935, en ce qui concerne l'abus de confiance, les tribunaux retardent le point de départ de la prescription jusqu'au moment où l'infraction a pu être constatée. En l'espèce,[274] l'auteur de l'abus de confiance avait dissimulé à ses créanciers ses détournements au moyen de papiers et documents commerciaux et de manœuvres dilatoires.

[274] Crim, 4 janv 1935, G.P. 1935, I, 353; R.S.C. 1936, p. 86, obs Carrive.

Cette solution fut confirmée par d'autres arrêts,[275] elle peut être aujourd'hui considérée comme certaine. Par conséquent, le point de départ de la prescription doit être situé au jour où « *le délit est apparu et a pu être constaté par la victime* ». Cependant, la prescription commence à courir, dès lors que la victime a eu la possibilité de découvrir le détournement et non lorsqu'elle l'a effectivement découvert. L'inaction de la victime peut donc être considérée comme une négligence, et « *il ne saurait être question de faire dépendre la prescription de la plus ou moins grande rapidité de la victime à intenter son action* ».[276]

Dès 1961,[277] cette interprétation fut étendue aux abus de biens sociaux, le point de départ de la prescription étant retardé jusqu'au jour où l'emploi abusif des fonds a pu être constaté. Ces mêmes règles ont par la suite été appliquées par de nombreuses juridictions. La Cour de Bordeaux par exemple, le 24 mars 1964[278] affirma: « *Qu'il est admis par la jurisprudence, pour l'abus de confiance comme pour l'abus de biens sociaux, que le délai de prescription ne commence à courir que le jour où les tiers intéressés et notamment les créanciers ont constaté les faits délictueux, ou du jour du dépôt de bilan* ». D'autres juridictions firent même appel à la notion de clandestinité en précisant que « *la prescription ne commence à courir, dans le cas où l'acte est demeuré clandestin, que du jour où les faits ont pu être constatés et découverts, s'agissant de créanciers lésés par les agissements du dirigeant la*

[275] Crim, 6 oct 1955, B; 378; 28 janv 1959, B. 71; 16 mars 1970, D. 70, p. 498, note J.M.R. ; 19 oct 1971, B. 267; Amiens 26 nov 1959, D. 60 somm. P. 58; Crim, 19 fev 1975, B. 58; 10 mars 1976, B. 88; 7 déc 1976, B. 350; 26 janv 1977, B. 35.
[276] Trib. corr. de la Seine, 6 nov 1956, G.P., 57, I, 140; R.S.C. 1957, p. 383, obs Bouzat.
[277] Cour de Paris, 30 juin 1961, J.C.P. 62, II, 12783, note Kahn, D. 1962, I, 393, note Touffait- Herzog.
[278] J.C.P. 64, II, 13648, note Larguier, même sens Paris 12 janvier 1965, D. 65, 637, note Goré, Paris 18 mai 1965, Gaz. Pal. 65, II, 260.

CHAPITRE I: L'assouplissement de la notion d'actes d'exécution

L'assouplissement de la notion d'actes d'exécution est particulièrement net à travers l'usage jurisprudentiel de deux incriminations: celle d'abus de confiance et celle d'escroquerie.

La première comporte la notion de détournement. Celle- ci a peu à peu été assouplie par la jurisprudence, et a tendu à se confondre avec la notion d'usage abusif, pour enfin donner naissance à l'incrimination d'abus des biens, du crédit de la société, du pouvoir et des voix (SI).

La seconde est composée notamment des notions de manœuvres frauduleuses et de remise. La notion de manœuvres frauduleuses a progressivement tendu à rejoindre celle de mensonge comme dans les législations étrangères. Quant à la notion de remise, la jurisprudence a eu tendance à la dématérialiser (SII).

Cette évolution est très nette en ce qui concerne les affaires liées à l'usage de documents commerciaux. Malheureusement, cette évolution si elle est rendue nécessaire par les exigences d'une répression efficace, n'est pas toujours conforme au principe d'interprétation stricte de la loi pénale.

Section I: L'assouplissement de la notion de détournement et la création de la notion d'usage abusif

La notion de détournement, que l'on retrouve dans l'incrimination d'abus de confiance, a au fil du temps été assouplie par la jurisprudence (§I) pour donner naissance à une notion encore plus floue que l'on retrouve dans l'incrimination d'abus de biens sociaux, celle d'usage abusif (§II).

§I: L'assouplissement de la notion de détournement

L'ancien article 408 incriminant l'abus de confiance mentionnait parmi les éléments constitutifs du délit les notions de détournement et de dissipation. Détourner, c'était affecter l'objet confié à une destination autre que celle prévue lors de la remise. Dissiper, c'était faire disparaître l'objet, soit par une opération matérielle (par exemple détruire), soit par une opération juridique (aliéner ou donner l'objet, dépenser une somme d'argent). Désormais, l'article 314-1 du Code pénal actuel ne vise plus que le détournement, mais ce changement est purement formel. La dissipation est la forme la plus aboutie du détournement mais elle n'est pas forcément nécessaire pour qu'il y ait détournement. L'assouplissement de la notion de détournement est due à deux facteurs. Le premier est l'usage par la jurisprudence du critère subjectif qui privilégie l'analyse de l'intention du fraudeur,

l'interprétation est alors téléologique pure A). La seconde plus critiquable, est due à l'imprécision jurisprudentielle quant à la description de l'élément matériel, les risques d'une dérive supra-téléologique ne sont alors pas à négliger B) .

A) Le subjectivisme jurisprudentiel: l'interprétation téléologique pure

Les anciens auteurs avaient une conception purement objective de la notion de détournement. Il devait s'agir de l'appropriation de la chose confiée. [313] Cette interprétation littérale de la notion de détournement paraissait trop restrictive. La jurisprudence et la doctrine moderne adoptent une conception qu'il est possible de qualifier de subjective grâce à une interprétation téléologique pure de la notion de détournement. Ainsi, l'auteur du détournement ne doit pas nécessairement s'enrichir grâce au délit pour être puni. Le détournement, c'est en réalité substituer à la possession précaire une possession avec l'intention de se comporter en maître de la chose, exclusive de toute dépendance du possesseur vis à vis du véritable maître de la chose. [314]

[313] Merlin, Répert, V° vol, Section II, § 3; Morin, Rép. dr. crim, V° Abus de confiance, n° 10; Boitard, Leçons sur le Code pénal, n° 532; Chauveau et Hélie, V, n° 2271. Adde Lemaire, Du détournement et de la dissipation frauduleuse dans l'abus de confiance, th. Paris, 1913, p. 44et s.
[314] Garçon, op cit, art 408, n° 9 et s.

La conception subjective entraîne un assouplissement de la notion de détournement, mais elle n'a pas pour conséquence une interprétation supra- téléologique mais téléologique pure. C'est ce que l'on peut constater à travers la jurisprudence relative aux détournements réalisés au moyen de documents commerciaux.

Lorsque le détournement est effectué avec dissipation, il n'existe pas d'équivoque si le détournement est réalisé sur un corps certain. Dès lors que des documents commerciaux permettent de prouver l'acte de dissipation, l'abus est réalisé même en l'absence de manipulations comptables. Lorsque le détournement porte sur une chose fongible, il est plus difficile à caractériser. Quand l'accipiens a le pouvoir de disposer de la chose, la dissipation est manifeste lorsqu'il est dans l'impossibilité de restituer la chose. Il s'agit par exemple du mandataire qui dissipe la provision d'un chèque en blanc reçu pour une affectation déterminée. La preuve de la dissipation va résulter de l'impossibilité de restituer les fonds confiés. Le plus sûr moyen de prouver la dissipation est de mettre en demeure l'accipiens de restituer ces fonds.[315] Lorsque l'accipiens a le droit de disposer de la chose, il s'agit d'un prêt à la consommation et la qualification d'abus de confiance est exclue même au regard du nouveau code pénal.

En l'absence de dissipation de la chose confiée, le détournement est beaucoup plus difficile à prouver. Le rôle de preuve des documents commerciaux devient essentiel. En effet, ils vont permettre d'établir un acte matériel postérieur au détournement proprement dit, qui va prouver la volonté de l'accipiens de se comporter en maître de la chose. La jurisprudence est exigeante, elle réclame une

[315] Crim, 10 mai 1976, B. 149.

quasi- certitude de cette volonté de se comporter en maître de la chose. La position de la chambre criminelle est en la matière parfaitement orthodoxe, téléologique pure. Ainsi, le défaut de restitution des fonds n'implique pas nécessairement le détournement des fonds. Les documents commerciaux pourront permettre d'établir l'absence de cette volonté de se comporter en maître de la chose. La délivrance de factures, l'émission de traites et l'octroi de délais de paiement peuvent être de nature à retirer tout caractère frauduleux à la rétention de fonds au- delà du terme convenu.[316] Toute solution inverse aboutirait à incriminer le vol d'usage prévu par le droit romain mais déjà abandonné dans notre ancien droit.

Concernant des pertes accumulées dans la gestion des biens d'autrui, l'abus de confiance ne peut être retenu lorsqu'il s'agit d'une simple négligence. Une mauvaise gestion, une incompétence n'est pas un détournement. Ainsi, concernant des gérants de succursale de grands magasins, des déficits d'exploitation qui proviennent davantage de la conjoncture économique défavorable plutôt que de véritables malversations comptables ne peuvent entraîner qu'une responsabilité civile.[317] La solution est identique concernant des chefs comptables de sociétés.[318]

Mais en revanche, le fait de recevoir un acompte, de ne pas délivrer de reçu, et d'exiger ce reçu pour toute restitution constitue manifestement un abus de confiance.[319]

---

[316] Crim, 17 fév; 1992 B. 72.
[317] Crim, 10 oct. 1972: D. 1973, P. 219; 17 déc. 1975: B. 285; 10 fév. 1986, B. 48.

[318] Crim, 19 mars 1975, B. 81.
[319] Crim, 15 mars 1968, B. 155.

De même, l'abus dans l'usage de la chose devient pénalement répréhensible lorsque l'usage est manifestement contraire à l'affectation de la chose. L'hypothèse est fréquente dans l'administration des sociétés et ressort le plus souvent de l'analyse des documents comptables. La jurisprudence fait preuve en la matière d'un important subjectivisme. La matérialité de l'abus dans l'usage apparaît comme un élément secondaire. C'est surtout l'intention de se conduire en propriétaire qu'il incombe de démontrer. L' « *animus domini* » et le caractère frauduleux du détournement apparaissent clairement lorsque son auteur masque ses activités derrière une comptabilité mensongère. Il en est ainsi, d'un administrateur qui se fait allouer en raison d'une comptabilité irrégulière, des gratifications auxquelles il n'a pas droit.[320] A fortiori, l'abus est facile à établir lorsque la comptabilité laisse entrevoir que le dirigeant a utilisé des fonds à son profit personnel. C'est le cas de l'administrateur qui utilise à son profit personnel certains biens sociaux,[321] ou d'un commerçant qui utilise pour les besoins de son commerce une somme reçue à titre de dépôt.[322] La conception subjective, caractérisée par l'assouplissement de la notion de détournement, élément matériel de l'infraction d'abus de confiance, peut se comprendre, dans un souci d'adapter l'incrimination aux besoins du droit pénal des affaires moderne (interprétation téléologique pure).

---

[320] Crim, 31 mars 1933, G.P. 1933.1.973.

[321] Crim, 5 mars 1937, G.P. 1937. 2. 69; Paris, 27 mars 1943, J.C.P. 1943. II. 2299 note Garraud.

[322] Crim, 18 fév. 1937, D.H., 1937. 189, G.P. 1937. 1. 872; 11 juin et 22 déc 1960, B. 314 et 602; 10 oct 1961 B. 389.

Ces solutions doivent être approuvées, et dès lors que les documents commerciaux, le plus souvent des documents comptables, n'apportent pas la preuve formelle que l'accipiens a eu la volonté de se comporter en maître de la chose confiée, la présomption d'innocence doit jouer, la relaxe s'impose. Pourtant, certains arrêts des juridictions du fond ont témoigné d'une imprécision remarquable concernant les circonstances de fait qui ont pu conduire à une condamnation pour abus de confiance. Cet assouplissement constaté dans la description des circonstances de faits de l'infraction peut conduire à d'importants risques de dérives supra- téléologiques. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a, en la matière, fait preuve d'un laxisme contestable.

B) L'imprécision jurisprudentielle quant à la description du détournement: les risques d'une dérive supra- téléologique

L'imprécision jurisprudentielle quant à la description du détournement parait nettement discutable. En effet, pour lui permettre d'apprécier la légalité des condamnations qui lui sont déférées, la Chambre criminelle exige que les juridictions inférieures décrivent avec

une précision suffisante les circonstances de fait établissant la matérialité des infractions poursuivies: l'affirmation de cette règle jurisprudentielle est fréquente pour toutes sortes d'infractions, contre les personnes, les biens ou la chose publique. Or, curieusement en matière d'abus de confiance, la cour de cassation abandonne cette position rigoureuse et fait preuve d'un étonnant laxisme qui aboutit, par une interprétation extensive, voire supra- téléologique, de la notion de détournement, à réduire à rien le contrôle qu'elle devrait exercer. Ce libéralisme que Garçon dénonçait dès 1911[323] apparaît hautement critiquable au regard du principe de légalité et a malheureusement « *...de fortes chances de perdurer sous l'empire du nouveau Code pénal* ».[324] Ainsi, la Chambre criminelle de la Cour de Cassation estime que l'expression « *... a détourné ... les objets à lui confiés* » suffit pour caractériser l'infraction sans qu'il soit nécessaire d'indiquer par quels actes précis s'est manifesté le détournement.[325]

Il n'est pas non plus nécessaire de préciser s'il s'agit d'une dissipation ou d'un détournement,[326] mais ce qui parait beaucoup plus grave, c'est que la simple constatation du fait de détournement dans les termes de la loi établit suffisamment l'existence de cet élément.[327] Pour éviter la cassation, il suffit aux juges du fonds de copier les termes mêmes de la loi. On aurait pu penser que le décret- loi du 8 août 1935 et la reconnaissance législative de la notion d'usage abusif (reprise dans le Code de commerce actuel : Art. L. 242-6-3° et L. 242-6-4°) dans l'incrimination d'abus de biens sociaux) mettrait un terme aux audaces des juridictions inférieures et au laxisme de la Cour

[323] Garçon, C.P. ann. , 1ère éd., art. 408., n° 786 et s.
[324] W. Jeandidier, J. Cl. Pén., Art. 314- 1 à 314- 4, n° 35 et suiv.
[325] Crim, 15 mai 1897, B. 168.
[326] Crim, 12 déc. 1890: D.P. 1891,1, 325.
[327] Crim, 22 août 1907, B. 379.

de cassation. Des arrêts plus récents semblent prouver le contraire. Ainsi, un arrêt du 12 juin 1978[328] rejette le pourvoi formé contre un arrêt d'appel qui s'était pourtant contenté d'affirmer qu'il y avait eu un détournement sans préciser davantage les circonstances de fait. De même, justifie son arrêt de condamnation à l'encontre d'un prévenu qui avait procuration pour retirer des fonds à la caisse d'épargne, la cour d'appel qui relève qu'il n'est pas établi que la mandante avait autorisé le prévenu à s'approprier les espèces de la caisse d'épargne et qu'en conséquence celui- ci a dissipé les fonds.[329]

[328] Crim, 12 juin 1978, B. 188., cf également: Crim 10 mai 1976, B. 149, 17 mai 1976, B. 159.
[329] Crim, 4 fév. 1985, Allegrini, Crim 15 av. 1991, Dr pén. 1992 n°36.

L'assouplissement parfois excessif de la notion de détournement n'a pas été enrayé par la consécration législative dans l'incrimination d'abus de biens sociaux (décret- loi de 1935 puis Code de commerce actuel) de la notion d'usage abusif pourtant beaucoup plus large que celle de détournement.

La notion d'usage abusif sera elle même assouplie par la jurisprudence, en matière d'utilisation de documents commerciaux.

§ II La notion d'usage abusif et son assouplissement

La loi de 19 35 reprise par celle de 1966 (art 437- 3° et 4° et art 425-4° et 5°) puis par le Code de commerce actuel (Art. L. 242-6-3°, L.242-6-4° et L. 241-3-4°, L. 241-3-5°) , propre aux sociétés par actions et aux sociétés à responsabilité limitée, a créé l'incrimination d'abus des biens, du crédit de la société, et des pouvoirs ou des voix. La notion d'usage abusif du pouvoir ou des voix

est dans l'immense majorité des cas absorbée par celle d'abus de biens et du crédit de la société. Aussi c'est cette dernière incrimination qui fera l'objet de cette étude.[330]

L'interprétation stricte de la notion d'usage abusif, beaucoup plus large que celle de détournement aurait dû suffire aux nécessités de la répression. Pourtant, la jurisprudence a eu tendance à assouplir démesurément la notion.

L'assouplissement de la notion d'usage abusif est due à deux facteurs: d'une part la jurisprudence a dans certains cas procédé à une interprétation supra- téléologique de la notion d'usage abusif des biens A), d'autre part, et la responsabilité en incombe essentiellement au législateur, la notion d'usage abusif du crédit relève davantage d'une analyse économique que juridique peu conforme au principe de légalité B).

A) L'interprétation supra- téléologique de la notion d'usage abusif

La notion d'usage peut se définir non seulement comme un acte de disposition (détournement ou dissipation au sens de l'ancien article 408 C.P.) mais également comme un acte d'administration fait au nom de la

[330] W. Jeandidier, Droit pénal des affaires, 4eme éd. op cit, p 332 , n° 263.

société en cause. Il convient donc de distinguer les actes de disposition et les actes d'administration.

Les actes visant à l'appropriation ou à la dissipation des biens sont identiques à la notion de détournement dans l'abus de confiance. L'usage abusif est ainsi caractérisé par l'appréhension des fonds, après manipulation de la comptabilité par les dirigeants sociaux.[331] Ce peut être par exemple le cas d'un Président directeur général qui opère des transferts de trésorerie d'une société à une autre dans laquelle il a des intérêts.[332] pour ce faire, il peut tenter de dissimuler ses détournements par des manipulations comptables généralement accompagnées de fausses facturations. L'usage de traites de cavaleries ou de faux effets de commerce relève davantage de la notion d'abus de crédit (cf. infra). Mais l'infraction d'abus de biens sociaux est consommée même si le dirigeant n'a pas cherché à dissimuler ses détournements.

Les actes d'administration peuvent également donner lieu à un usage abusif. Il en est ainsi d'une simple utilisation abusive des biens en dehors de toute volonté d'appropriation définitive. Il s'agit par exemple d'un point de vue comptable d'un prélèvement par des dirigeants de la marge brute bénéficiaire, alors qu'ils n'avaient droit qu'à la marge nette bénéficiaire, qui était alors inexistante. [333]

[331] Crim, 22 mars 1988, Lexilaser, n° 81-916- 557.
[332] Trib corr. Seine, 4 av. 1955, Rev. Soc. 1957, p 70.
[333] Crim, 8 mars 1967, B. 94; Crim, 11 janv. 1968, B.11.

Un autre arrêt du 11 janvier 1968[334] mentionne que *«... la loi réprime non seulement l'appropriation des biens sociaux par les administrateurs de la société, mais aussi leur simple usage abusif »*. Dans l'hypothèse de l'usage abusif, les manipulations comptables sont rares, mais ce seront les documents comptables qui permettront d'établir cet usage abusif. Pour Mme Delmas- Marty, « *Le thème principal est celui d'une confusion entre le patrimoine de la société et le patrimoine propre des dirigeants sociaux... »*.[335] Il y aura par exemple confusion entre le patrimoine de la société et celui du dirigeant dans le fait pour un dirigeant de se faire consentir sur les immeubles sociaux des garanties hypothécaires pour obtenir le paiement de créances qu'il détient sur les sociétés qu'il administre.[336] Il en va de même du dirigeant qui engage la société dans l'achat de plusieurs terrains au prix de 10 Francs le mètre carré alors que la société venderesse, où il avait des intérêts, s'était auparavant engagée à les céder au prix de 20 centimes.[337]

Dans ces hypothèses, il est fait une exacte application de la notion d'usage abusif, l'interprétation apparaît comme téléologique pure, l'esprit du texte étant respecté.

La jurisprudence a cependant parfois procédé à des interprétations beaucoup plus extensives, et véritablement supra-téléologiques. En effet, en général, quand une incrimination suppose des actes positifs, on ne peut pas incriminer des attitudes d'omission. En effet, en principe, la règle pénale se borne à édicter des interdictions d'agir. Cependant, et c'est souvent le cas en droit pénal des affaires, la

---

[334] Crim, 11 janv. 1968, B. 11.
[335] Delmas- Marty, Droit pénal des affaires, 4 eme éd. p 341 et s., voir Crim, 28 nov. 1994, D 1995. 506, note Renucci (frais de réception sans caractère social)
[336] Crim, 12 juin 1978, B. 189.
[337] Crim, 16 déc. 1975, B. 279; J.C.P. 1976, éd. G. II, 184 76 , Delmas- Marty.

loi prescrit également des obligations d'agir. Ces obligations s'accordent peu avec le principe de la liberté contractuelle et traduisent l'importance de l'intervention de l'Etat dans l'économie. On en retrouve de nombreux exemples en matière de protection des documents commerciaux. Il s'agit par exemple de l'obligation pour les commerçants de tenir certains livres, journaux, documents comptables, de l'obligation de facturation entre commerçants...

Mais à l'exception de certaines incriminations dans lesquelles l'omission équivaut à la commission, comme l'omission d'écritures ou la passation d'écritures inexactes ou fictives, (Art. 1743- 1° C.G.I.) , l'obligation de faire se distingue nettement de l'obligation de ne pas faire. Certes, l'ancien droit semble- t-il punissait les abstentions comme des actions positives. « *Qui peut et n'empêche, pèche* ». [338] Mais pour le droit moderne, l'assimilation de l'omission à la commission s'oppose à deux principes: d'une part, la nécessité d'un lien causal entre l'acte et le dommage pénal, et surtout d'autre part au principe d'interprétation strict de la loi pénale. Lorsqu'une incrimination décrit un acte positif, la règle « *Nullum crimen sine lege* » s'oppose à ce qu'elle soit étendue à de simples abstentions, d'autant plus que la loi française punit les abstentions au titre d'infractions autonomes.[339] La jurisprudence française refuse traditionnellement d'assimiler une commission à une abstention.[340]

Pourtant, pour la Chambre criminelle de la Cour de Cassation, l'usage abusif peut résulter de l'omission d'agir.[341] La simple

[338] Loysel, Institutes, n° 779.
[339] W. Jeandidier, J.Cl. Soc. fasc 132- B., n° 17.
[340] Cf la célèbre affaire de la séquestrée de Poitiers, Poitiers, 20 nov. 1901, S. , 1902. 2. 305, note J. Hémard, D. , 1902. 2. 81, note Le Poittevin; A. Gide, La séquestrée de poitiers, Gallimard, 1930.
[341] Crim, 15 mars 1972, B. 107, Rev. Soc. 1973,p 357 obs Bouloc.

omission comptable peut donc permettre d'établir un usage abusif des biens de la société. C'est donner à la notion d'usage un sens « *audacieusement large* »,[342] par rapport au sens que recouvre le mot usage en matière d'escroquerie (usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité) où il ne concerne que des actes positifs. Messieurs Renucci et Cardix[343] soulignent justement à cet égard que « *l'on peut penser que certaines libertés ont été prises avec les grands principes du droit criminel et plus particulièrement avec celui de l'interprétation stricte des textes* ». Cette solution apparaît d'ailleurs d'autant plus surprenante que la Chambre criminelle de la Cour de Cassation a opté pour la solution inverse concernant l'infraction de banqueroute frauduleuse. Ainsi, le fait pour un président de société anonyme de s'être abstenu de réclamer à une autre société des commissions qu'elle détenait indûment ne pouvait, dans le cadre du délit assimilé à la banqueroute frauduleuse, constituer un détournement d'actif, qui suppose un acte positif de disposition.[344] Cette dernière solution semble d'une étrange clémence et ne s'harmonise guère avec la solution retenue en matière d'abus de biens sociaux, d'autant plus que les deux infractions peuvent être en concours idéal.[345]

---

[342] A. Vitu, Droit pénal spécial, op cit, n°985.
[343] J.F. Renucci, M. Cardix, « L'abus de biens sociaux », Que sais- je n° 3297, ed. 1998, p 26.
[344] Crim, 24 avril 1984, B. 141; D. 1984, 508, note J.M. Robert; G.P. 1985, 1, 16, note Cosson.
[345] Crim, 25 mai 1971, B. 173; D. 1971, 165.

B) La notion d'usage abusif du crédit: un critère plus économique que juridique

L'abus de crédit est une notion si vague qu'il semble difficile, la concernant, d'apprécier le respect du principe d'interprétation stricte par la jurisprudence. Le législateur a montré trop peu de rigueur dans la précision de la notion d'usage abusif du crédit, ce qui laisse à désirer du point de vue du principe de légalité criminelle et participe à un assouplissement excessif de l'élément matériel de l'infraction.

Il s'agit du fait d'exposer la société à des paiements qui ne lui incombent pas ou à des risques inconsidérés. En réalité, le crédit apparaît comme davantage une notion économique que juridique. Elle correspond pour l'entreprise à sa capacité d'emprunter.[346]

Dès lors que l'on privilégie la théorie de la société contrat (supra), le droit pénal doit s'attacher à protéger la coopération de plusieurs intérêts. Tout usage du crédit de la société à des fins personnelles doit être qualifié d'abus.[347] Il existe de nombreux exemples jurisprudentiels de cette conception de l'abus. Il peut s'agir d'un dirigeant qui fait cautionner par la société une dette personnelle,[348] une

[346] Dagot et Mouly, L'usage personnel du crédit social et son abus, Rev. Soc. 1988, p 1.
[347] Rev. Soc. 1998, p 36 et s.
[348] Crim, 15 mai 1955, B. 234.

dette de sa maîtresse.[349] Ces abus vont ressortir de l'analyse des documents comptables. La signature donnée au nom de la société sur un effet de commerce étranger à l'activité de la société doit également être considéré comme un usage abusif du crédit de la société.[350]

En matière comptable, les paiements qui n'incomberaient pas à la société, il convient de distinguer les paiements non autorisés et les paiements injustifiés. Il faut rappeler que les articles L. 225-38 et s. du Code de commerce actuel soumettent les contrats entre les administrateurs et la société à une double autorisation: tout d'abord l'autorisation préalable du conseil d'administration et ensuite l'approbation par l'assemblée générale annuelle des conventions autorisées antérieurement par le conseil d'administration. De plus, selon l'article L. 225-47, la rémunération du président d'une société anonyme est fixée par le conseil d'administration. Par conséquent, dès lors qu'un dirigeant perçoit des rémunérations non autorisées par les organes de la société, il sera facile de démontrer d'un point de vue comptable qu'il y a eu usage abusif du crédit de la société. C'est le cas d'un gérant de S.A.R.L. qui perçoit une commission et une prime non prévues par les statuts et non autorisés par les associés,[351] ou du P.D.G. qui perçoit des rémunérations provenant d'une caisse noire, donc non autorisée par le conseil d'administration.

En revanche, si l'on admet qu'une société est davantage <u>une institution indépendante</u> des membres qui la compose qu'un contrat, alors, l'usage personnel du crédit ne devient répréhensible que s'il se heurte à l'intérêt économique de la société

[349] Crim, 13 mars 1975, B. 78.
[350] Crim, 16 mars 1970, B. 107, Rev. Soc. 1970, p 480 obs. Bouloc.
[351] Trib. corr. Rouen, 1er juillet 1977, D. 1978, p 142.

considéré dans son ensemble (cf infra, Ch II). La jurisprudence a semblé procéder à cette analyse dans un certain nombre d'arrêts.

Le caractère abusif des rémunérations injustifiés alloués aux dirigeants sociaux par exemple est difficile à caractériser. En l'absence de toute précision législative, il convient de se référer aux critères jurisprudentiels. Tout d'abord, la jurisprudence procède à une comparaison entre les services rendus et les moyens financiers de l'entreprise.[352] Lorsque la rémunération apparaît comme manifestement excessive par rapport aux moyens financiers de l'entreprise, la condamnation s'impose. En revanche, il doit y avoir relaxe lorsque la rémunération du dirigeant social est en usage pour toute personne dans l'entreprise.[353] La jurisprudence distingue selon que la commission est calculée sur les bénéfices ou sur le chiffre d'affaires. La première hypothèse est licite car elle encourage une « *saine gestion commerciale* » et par voie de conséquence favorise les intérêts de la société.[354] La seconde est considérée comme abusive car les dirigeants peuvent l'imposer au conseil d'administration et en déterminer seuls le montant.[355]

A travers cette jurisprudence qui se réfère implicitement à la théorie de l'entreprise institution, c'est surtout la notion de risque économique qui ressort. L'usage du crédit de la société ne devient pas abusif parce que les dirigeants en ont fait un usage personnel, il arrive parfois que les dirigeants sociaux confondent leur patrimoine avec celui de la société, et pas nécessairement par intérêt

[352] Crim, 20 juill. 1982, n°81- 95- 054, et J. Mestre, Manuel de droit commercial, L.G.D.J., 22eme ed n°664.
[353] Paris, 29 mars 1990, Dr Pén. 1991, com. n°24.
[354] Crim, 19 oct 1971, B. 272.
[355] H. Colona d'Istria, L'abus de biens sociaux dans la jurisprudence, mém. D.E.A. Nice, 1993 p. 26.

personnel,[356] mais parce qu'ils ont fait courir à la société un risque inconsidéré. L'analyse devient alors davantage économique que juridique.

Les méthodes d'analyse du risque en économie ont considérablement évolué ces dernières années dans le sens d'une mathématisation croissante.[357] Cette incursion des matières économiques et scientifiques dans l'analyse juridique pose un problème du point de vue du respect du principe de légalité criminelle. En effet, elle conduit à l'utilisation de notions juridiquement peu précises. En effet, l'analyse économique laisse toujours une marge d'incertitude aux conclusions tirées des statistiques, dont on peut extraire le pour et le contre. Le même aspect vague de certaines incriminations apparaît dans le droit pénal des prix de la spéculation ou de la concurrence.

Ainsi, Même s'il ne concernait pas directement la protection des documents commerciaux, l'ancien article 419 C.P. punissait l'action illicite sur le marché, ou l'altération des prix. Le délit consistait à opérer ou à tenter d'opérer, par l'un des moyens incriminé par le texte, la hausse ou la baisse artificielle du prix des denrées, marchandises ou effets publics ou privés. La notion d'action sur le marché était entendue très largement, il pouvait s'agir d'une action exercée à la baisse ou même d'une action exercée sur un marché non libre où l'administration intervenait.[358] Le gain recherché par le ou

[356] La preuve de la volonté de porter atteinte à l'intérêt social «... est rendue très difficile en raison du sentiment général des dirigeants maîtres de l'affaire que leur société, à laquelle ils consacrent tout leur temps, leur énergie, leur fortune, qui est leur objet, ne peut se distinguer d'eux; Elle est leur prolongement technique, leur émanation », Rev. soc. op cit, 1988, p 38.

[357] La gestion systématique (ou trend Following) consiste en une analyse purement objective de l'évolution des marchés par une analyse des historiques des cours côtés, et elle essaie de mettre en lumière des règles dont elle peut tester la validité statistique, cf. « Le monde », 6 juin 1998, art. « La finance en équation ».

[358] Crim, 13 mars 1952, B., 79, D., 1952. 383.; Crim, 9 déc. 1949, B., 334.

les coupables était souverainement apprécié par les juges du fond.[359] Le texte désignait également « *les voies et moyens frauduleux quelconques* ». Ce texte était si vague qu'il pouvait donner lieu à une interprétation extrêmement large. De simples omissions ont ainsi pu être assimilées à des moyens frauduleux comme une omission de renseignement.[360] Il est possible de rapprocher ce texte de l'ancien article 50 de l'ordonnance n° 45-1483 de 1945 relatif à la prohibition des ententes. Les mauvaises ententes sont celles qui portent atteinte à la libre concurrence et aboutissent à un véritable « *malthusianisme économique* ».[361] L'article 50 réprimait des comportements aussi variés que la répartition de commandes entre les adhérents en fonction de quotas, les pratiques de boycottage d'entreprises concurrentes, répartition de zones géographiques entre les membres de l'entente, le monopole de fait.[362] On retrouve malheureusement de telles imprécisions terminologiques dans l'article L. 420-1 et s. du Code de commerce actuel (Des pratiques anticoncurrentielles), (Anc. art 7 de l'ordonnance de 1986 qui a succédé à l'article 50 de l'ordonnance de 1945).

Ces notions d'une imprécision remarquable au regard du principe de légalité criminelle, de même que la notion d'abus de crédit semblent trouver difficilement leurs places en droit pénal français pays de droit écrit alors quelle est parfaitement concevable dans des législations de Common Law comme les Etats- unis ou l'Angleterre. Une telle notion relèverait davantage en France du droit commercial.

---

[359] Crim, 22 oct. 1957, B., 659; T. corr. Seine, 18 nov. 1957, J.C.P., 1958. II. 10447, note Guérin.
[360] Crim, 6 fév. 1932, S., 1933.1.139, D.H., 1932.148.
[361] A. Vitu, Droit pénal spécial, op cit, n°886.
[362] Paris, 4 mai 1961, J.C.P. 1962. II. 12517.

La création et l'extension de la notion d'usage abusif ont suivi l'assouplissement de la notion de détournement à travers la jurisprudence relative aux documents commerciaux. Un phénomène identique d'assouplissement a pu être observé concernant la notion de manœuvres frauduleuses.

Section II: L'assouplissement des notions de manœuvres et de remise

L'incrimination d'escroquerie comprend deux notions essentielles: celle de manœuvre (§I) et celle de remise (§II). L'utilisation qui a été faite par la jurisprudence de ces deux notions en vue de la protection des documents commerciaux parait extensive. Il est même parfois possible de parler d'interprétation supra- téléologique.

§ I: Les manœuvres frauduleuses

Les rédacteurs du Code pénal napoléonien s'étaient orientés vers une définition légale apparemment restrictive de la notion de manœuvres frauduleuses A). L'adoption par la jurisprudence du critère subjectif

(privilégiant l'analyse de l'intention du délinquant) a permis à la jurisprudence d'adapter le texte à l'évolution sociale, économique et technique B). L'interprétation du texte par la jurisprudence doit alors être qualifiée de téléologique pure. Cependant, dans un souci louable de protection des documents intrinsèquement crédibles comme les effets de commerce, la jurisprudence a exploité les ambiguïtés du texte et a malheureusement parfois fait preuve d'une interprétation supra-téléologique contestable.

A) Une définition légale apparemment restrictive

Le droit français a opté pour une définition restrictive de l'élément matériel dans l'incrimination d'escroquerie. L'ancien article 405 définissait les manœuvres frauduleuses comme suit: « ... *usage de faux noms ou de fausses qualités, soit en employant des manœuvres frauduleuses pour persuader de l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, ou pour faire naître l'espérance d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique...* ». Le nouvel article 313- 1 ne précise plus que le but des manœuvres frauduleuses est de persuader de « l'existence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire » ou de faire naître « *l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique* ». Mais le nouveau texte dispose, ce qui revient au

même eu égard à la généralité des situations visées par ces expressions, que ces manœuvres doivent tromper la victime de l'escroquerie: « *L'escroquerie est le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale...* ».

Alors que pour certaines législations étrangères (allemande, suisse, italienne) un simple mensonge peut être constitutif d'escroquerie, en France, la qualification d'escroquerie nécessite l'emploi de manœuvres. La jurisprudence a rappelé cette exigence à de nombreuses reprises, quelle que soit la nature du mensonge, qu'il s'agisse de factures fortement majorées,[363] de mensonges écrits résultant de l'établissement de faux bilans,[364] de fausses commandes.[365] Dans ces hypothèses, la nature du mensonge écrit est indifférente. Le mensonge pour être répréhensible doit être accompagné selon les formules que l'on retrouve fréquemment en jurisprudence de « *faits extérieurs* », de « *mise en scène* », « *d'intervention de tiers* », destinés à lui donner force et crédit.

Jusqu'au début du XX eme siècle, la notion de manœuvres a été considérée de manière objective. Ainsi, le mensonge devait pour être répréhensible, être accompagné d'un élément extérieur au mensonge proprement dit. Cet élément ne devait pas seulement reproduire le mensonge contenu dans le document commercial, mais posséder une

[363] Crim, 5 août et 16 déc. 1911, B. 410 et 598; 22 nov. 1912, B. 567.
[364] Crim, 7 mars 1918, B. 58.
[365] Crim, 16 janv. 1890, B. 12; 27 mars 1957, B. 294.

véritable valeur de crédibilité. Ainsi, lorsqu'un tiers représentait un escroc et répétait son mensonge, il ne pouvait y avoir de manœuvres frauduleuses. Le fait par exemple pour un mandataire de se borner à confirmer les mentions mensongères apposées sur un chèque ou un effet de commerce, n'était pas constitutif de manœuvres frauduleuses. En revanche, la manœuvre frauduleuse était caractérisée dès lors qu'un tiers, de son autorité propre (sortant du cadre de son mandat) confirmait les écrits mensongers de l'escroc.[366]

Cette interprétation littérale de la notion de manœuvres frauduleuses ne répondait pas aux besoins de la répression moderne. Elle aboutissait à une conception beaucoup trop étroite de l'infraction par rapport aux droits étrangers.

Certains auteurs[367] ont pu considérer la définition législative comme trop étroite, aussi la jurisprudence s'est elle employée à assouplir la notion de manœuvres en utilisant le critère subjectif. Aussi, progressivement, la jurisprudence s'est éloignée de ce critère objectif trop restrictif pour se rapprocher du critère subjectif.

B) L'adoption par la jurisprudence du critère subjectif

1) L'utilisation moderne du critère subjectif: une interprétation téléologique pure concernant les documents commerciaux extrinsèquement crédibles

[366] Conception classique partagée par Garçon, art N° 27 et s., et n° 32; par Garraud, Tr; dr; pén., VI, n° 2554.
[367] Planiol. Dol civil et dol criminel, R. C. L. J., 1893, P . 545 et s. ; Donnedieu de Vabres, R.S.C. 1937, 696.

Dès le début du XX eme siècle, dans la jurisprudence, la preuve d'un élément extérieur au mensonge et autonome a perdu de l'importance au profit de la preuve de l'élément intentionnel de l'infraction. C'est davantage l'attitude, le comportement de l'escroc traduisant son état d'esprit qui vont permettre de distinguer ce que les civilistes qualifient de bon et de mauvais dol. C'est donc une conception plus souple de la notion de manœuvres qui a émergé.

Ainsi, de simples présentations de documents commerciaux mensongers peuvent être regardés comme de véritables manœuvres frauduleuses, dès qu'il est manifeste que l'escroc a eu la volonté de tromper sa victime. La qualification d'escroquerie a pu être retenue à l'encontre d'une personne ayant produit une comptabilité truquée,[368] ou des factures contenant des mentions artificieusement combinées.[369] Il en va de même, lorsque, à l'appui d'une demande de règlement d'indemnité présentée à une compagnie d'assurance, le coupable présente des factures fictives.[370] Le fait de présenter des « *factures* » proformas inexactes en vue d'obtenir des prêts majorés de la part d'une société de crédit[371] (bien que ces documents n'aient que la valeur d'attestation, cf. supra) est également répréhensible, de même que la présentation de bilans établissant des bénéfices exagérés en vue de céder un fonds de commerce au- delà de sa valeur.[372]

---

[368] Crim, 7 août 1908, B. 351; 15 avril 1937, S. 1938. 1. 358.
[369] Crim, 26 mai 1916, G. Trib;, 23 août 1916; 6 août 1925, B., 257.
[370] Crim, 22 mars 1946, B. 136, S., 1946. 1. 90.
[371] Crim, 15 fév; 1966, B. 46; 24 fév. 1970, B. 74.; 9 mars 1971, B. 80; 9 nov. 1977, B. 344, D. 1978. I.R., p 71, obs. Roujou de Boubée; R.S.C.1978, 359, obs. Bouzat.
[372] Crim, 18 déc. 1940, G.P. 1941. 1. 156., Crim, 4 août 1933, S. 1935.1. 159; R.S.C. 1939. 300, obs. Donnedieu de Vabres; 10 nov. 1971, B. 307; 17 déc. 1974, B. 371; 31 mai et 8 nov. 1976, B. 190 et 317.

La manœuvre utilisée par l'escroc peut parfois apparaître d'une déconcertante simplicité, tout en manifestant de manière indiscutable la volonté de tromper. Ainsi, dans une affaire récente, le tribunal correctionnel de Nantes[373] a condamné un escroc qui se contentait de faire le tour des distributeurs automatiques de billets dans lesquels traînent toujours des tickets de retraits non récupérés. Sur ces tickets, figurent le numéro de la carte bancaire du légitime propriétaire. Cet élément est suffisant pour passer commande, par courrier ou par téléphone, auprès des sociétés de vente par correspondance, car ce mode de paiement ne requiert pas la validation du code secret.

Dans ces différentes affaires, l'usage frauduleux des documents commerciaux permet de démontrer clairement que l'escroc a cherché à « *éliminer chez sa victime le sentiment de défiance naturel à l'esprit humain* ».[374]

[373] Affaire relatée dans le quotidien Ouest- France, 30- 31 mai 1998.
[374] A. Vitu, op cit, Droit pénal spécial, t. II. n° 2332.

Cette interprétation souple de la notion de manœuvres frauduleuses apparaît comme téléologique pure. Elle respecte l'esprit de la loi tout en permettant de réprimer les formes les plus modernes d'escroquerie, en atténuant de manière sensible la distance qui sépare le droit français des législations étrangères. Certaines jurisprudences extensives relatives à des effets de commerce ont pu apparaître plus discutables.

2) L'interprétation subjective concernant les documents intrinsèquement crédibles: les risques d'interprétation supra- téléologique

Deux hypothèses sont à distinguer: les effets fictifs et les effets de complaisance.

Les effets fictifs peuvent se définir comme des traites émises sur un tiré imaginaire, ou tirées sur une personne réelle à laquelle le tireur ne devra rien à l'échéance et qu'il n' a pas mise au courant de l'émission, ou encore comme le billet à ordre qui porte la signature d'un souscripteur imaginaire. L'escroquerie ne fait aucun doute lorsque l'on peut imputer à l'auteur une circonstance supplémentaire qui conforte le mensonge, comme la signature

d'acceptation d'une personne réelle qui ne saurait naturellement représenter la personne imaginaire.[375]

En revanche, la présentation à l'escompte d'un effet de commerce fictif peut elle être considérée comme une manœuvre frauduleuse en l'absence de cette circonstance supplémentaire caractéristique de la volonté de tromper? En théorie, la désignation d'une personne imaginaire ou d'une personne qui n'est pas débitrice et n'a pas consenti à en prendre l'apparence semble relever d'un simple mensonge plutôt que d'une manœuvre frauduleuse destinée à persuader de l'existence d'un crédit imaginaire. La jurisprudence refuse le plus souvent de considérer qu'il y a escroquerie.[376] Cependant, certains arrêts optent pour la position contraire.[377] Il ne semble pourtant pas qu'un mensonge aussi grossier soit susceptible d'éliminer chez sa victime « *le sentiment de défiance naturel à l'esprit humain* » en l'absence d'autres éléments. Le risque d'une interprétation supra- téléologique semble encore plus net en matière d'effets de complaisance.

Il convient de rappeler la définition classique de <u>l'effet de complaisance</u>: il s'agit des effets destinés à tromper les tiers sur les relations existant entre les signataires, ou entre ces derniers et les autres personnes indiquées sur le titre et qui, dans l'esprit des parties , ne doivent pas contraindre le complaisant à décaisser effectivement les sommes indiquées. Ces « *mauvais* » effets de complaisance doivent être opposés aux « *bons* » effets de complaisance. Ces derniers supposent que le complaisant qui a apposé sa signature est disposé à fournir le crédit en cas de besoin. Ils s'apparentent à des cautionnements et ne sont pas

[375] Crim, 28 janv. 1959, J. C. P. 1959, II, 11012, note Bouzat.
[376] Crim, 13 janv. 1960, B. 18.
[377] Crim, 5 oct. 1977, B. 290; Crim, 28 mai 1962 B. 212.

répréhensibles. La mauvaise complaisance peut être réalisée au moyen de traites croisées, chacun des protagonistes remet à l'escompte les traites tirées sur l'autre. Fréquemment, des traites de cavalerie vont permettre de payer l'effet qui va venir à échéance. De même qu'en matière d'effets fictifs il est possible de se demander si la présentation à l'escompte d'un effet de complaisance est constitutive d'une manœuvre frauduleuse destinée à persuader de l'existence d'un crédit imaginaire ou d'un simple mensonge écrit?

L'escroquerie doit être indiscutablement admise lorsque la présentation s'accompagne d'autres circonstances que la signature du complaisant, comme la présentation de faux bilans,[378] de factures fictives,[379] le recours à un réseau de débiteurs fictifs,[380] ou l'émission de l'effet sur une société de façade.[381] En revanche la condamnation doit être écartée, lorsque par exemple le banquier a connu le caractère fictif des factures, et a fermé les yeux, pour donner à sa participation la qualification de crédit à l'exportation en raison des avantages qu'elle comporte.[382] En revanche, quelle position adopter lorsque la présentation à l'escompte de la traite de complaisance n'est accompagnée d'aucun autre élément?

La présentation à l'escompte n'est semble t-il que le mensonge écrit par lequel le porteur fait croire au banquier qu'il est réellement créancier du complaisant. Seule la sollicitation de la signature cambiaire du complaisant est constitutive d'une manœuvre. Cette analyse classique est partagée par d'éminents auteurs comme

[378] Crim, 23 nov. 1961, D. 1962, 170.
[379] Crim, 22 av. 1958, J.C.P. 1958, II, 10620.
[380] Crim, 9 déc. 1969, B. 334.
[381] Crim, 5 oct. 1977, B. 290.
[382] T.G.I. Paris 1à janv. 1980, G. P. 23/ 25 nov. 1980. Rev. trim. dr. com., 1981, 123.

Garçon[383]ou plus récemment par Roblot.[384] En effet, à défaut d'une prise de fausse qualité, il manque la manœuvre. Et l'allégation de la qualité de créancier n'est pas en principe constitutive de manœuvres. Le tiré, en apposant sur la traite son acceptation, suivie de sa signature, n'intervient pas directement à l'égard de l'escompteur, et n'affirme en rien sa propre solvabilité. Par conséquent, Il n'emploie aucun artifice de nature à persuader l'escompteur d'un crédit imaginaire. Il se reconnaît seulement débiteur, mais ne donne à l'escompteur aucune espérance chimérique d'un paiement à l'échéance.

La jurisprudence semble pourtant hésitante. La Chambre criminelle a d'abord paru retenir la culpabilité de l'utilisateur d'effets de complaisance,[385] D'autres arrêts ont paru revenir sur cette position,[386] les arrêts les plus récents vont dans le sens de la répression.[387] Au regard de la doctrine la plus classique, cette dernière interprétation de la notion de manœuvres parait supra- téléologique, même si elle peut se comprendre par un souci de protection du crédit. Une question peut alors se poser: pourquoi la notion de manœuvres suscite- t-elle une interprétation téléologique pure concernant les documents extrinsèquement crédibles alors qu'elle apparaît supra- téléologique pour les documents intrinsèquement crédibles?

C'est sans doute, parce-que la preuve de la manœuvre frauduleuse paraît plus aisée à rapporter dès lors que l'escroc à fait usage d'un document extrinsèquement crédible car la

[383] Garçon, op cit, art 405, n° 492.
[384] Roblot, Les effets de commerce, Sirey 1975 n°145; cf également, M. Cabrillac et C. Mouly, « Droit pénal de la banque et du crédit », éd. 1982, p. 236 et s.
[385] Crim, 6 fév. et 5 août 1932, D. 1932, 1, 46; Cabrillac, La lettre de change dans la jurisprudence, 2e éd., p. 160.
[386] Crim, 23 nov. 1961, D. 1962, 170.
[387] crim, 20 juill. 1967, B. 227; Crim, 9 mai 1979, B. 168, R. S. C. 1980, 445, obs Bouzat.

crédibilité de ces derniers nécessite la prise en compte d'éléments extérieurs au document.

La rédaction du Nouveau Code pénal aurait pu être l'occasion de mettre un terme aux risques de dérives supra-télélogiques. La commission relative à l'avant projet de code pénal publié en juillet 1980 proposait d'insérer dans un article 2211 la formule « *utilisation d'artifices ou tout autre machination* ». Sans retomber dans les errements du droit révolutionnaire qui confondait dol criminel et dol civil, cette formule plus souple aurait permis de rapprocher le droit français des systèmes allemand ou helvétique et d'écarter tout risque d'interprétation supra- téléologique, puisque n'importe quel mensonge n'aurait pas pu entrer dans le concept d'escroquerie. Le nouvel article 313-1 n'a malheureusement pas opéré une modification sensible de l'incrimination sur ce point, la nouvelle formule étant identique à l'ancienne à l'exception de la notion « *d'abus de qualité vraie* ».

Un autre élément constitutif de l'élément matériel de l'infraction d'escroquerie a également fait preuve d'un assouplissement jurisprudentiel. Il s'agit de la notion de remise.

§ II: La remise

La notion de remise, dans l'incrimination d'escroquerie, a non seulement été étendue par la jurisprudence A), phénomène classique, mais également par le législateur B) phénomène plus rare.

A) L'extension jurisprudentielle de la notion

1) La remise d'un titre représentant des droits incorporels : l'interprétation téléologique pure

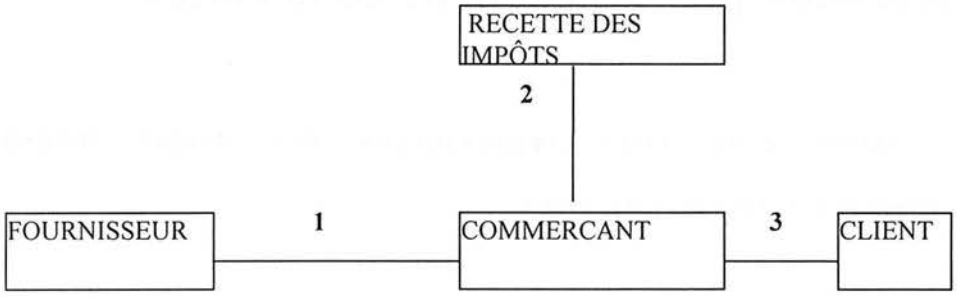
L' ancien article 405 C.P. précisait que pouvaient faire l'objet d'une escroquerie des « *obligations, dispositions, billets, promesses, quittances ou décharges* ». Il peut donc parfaitement s'agir de documents commerciaux. Cette formule doit s'interpréter comme la remise d'un titre juridique au sens corporel du terme, au sens d'instrumentum.[388] Selon la formule jurisprudentielle, il s'agit « *des actes qui forment un*

[388] crim, 27 mars et 7 av. 1857, B. 129 et 144; 13 août 1886, D. 1887, 1, p. 363; 19 fév. 1887, B. 67; 11 nov. 1897, B. 339; 7 août 1919, B. 199; 14 mars et 25 oct. 1967 B. 102 et 269.

lien de droit avec le prévenu et pouvant préjudicier à la fortune d'autrui ».[389]

La remise peut être directe ou indirecte. Concernant la remise directe du document, ces actes peuvent être un arrêté de compte,[390] un blanc- seing,[391] une décharge d'obligation,[392] un acquit- à-caution.[393] En revanche, un simple accusé de réception ne constitue ni une créance, ni une décharge.[394] Cette interprétation apparaît conforme à la lettre et à l'esprit du texte. Il est possible de la qualifier de téléologique pure.

Mais la remise peut également être effectuée de manière indirecte, par imputation ou compensation. Il s'agit par exemple de l'escroquerie à la T.V.A. réalisée par imputation. Le schéma d'une récupération ordinaire de la T.V.A. par un commerçant est le suivant:



[389] Crim, 1er av. 1963: J.C.P. 1963, 2d. G, IV, 65; B. 140
[390] Crim, 18 août 1886, B. 302.
[391] Crim, 19 fév. 1887, B. 67.
[392] Crim, 30 oct 1885 B. 286.
[393] C.A. Paris 26 mars 1952: Rev. sc. crim. 1952 p 615 obs Bouzat.
[394] Crim, 15 mai 1886, B. 180.

1) Un fournisseur facture à un commerçant des marchandises pour un montant « *hors taxes* » de 100 francs, si la T.V.A est de 20 %, le commerçant paie 120 F (toutes taxes comprises) au fournisseur.

2) Le commerçant revend les marchandises avec un bénéfice de 10 % sur le prix d'achat hors taxes soit 110 F (HT). Après application de la TVA à 20%, le client paie 132 F.

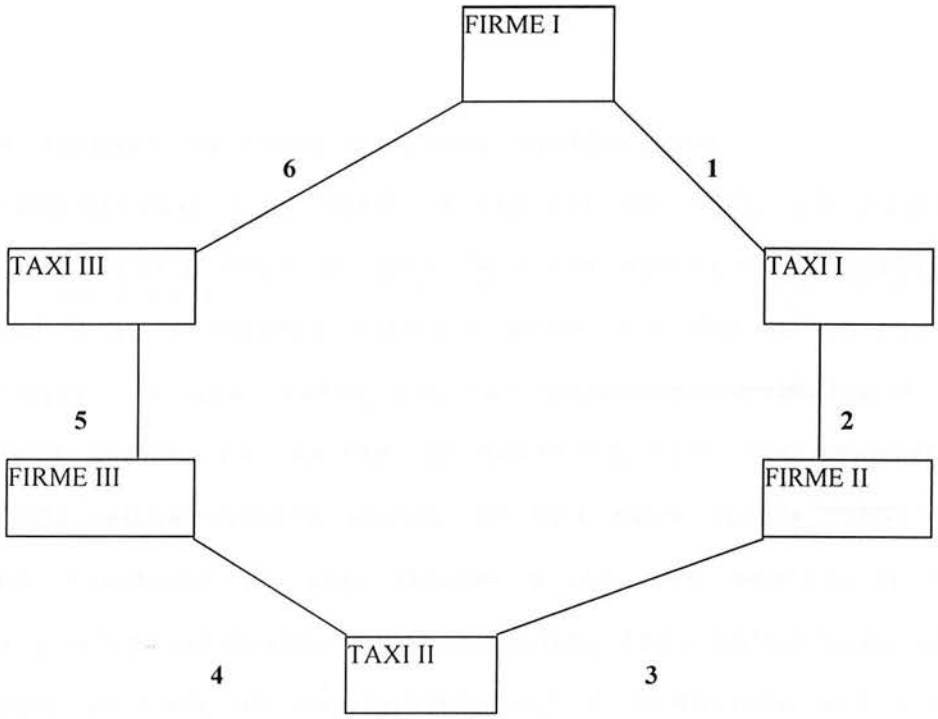
3) Le commerçant a payé 20 F. de T.V.A. au fournisseur. il a récupéré 22 francs du client, il doit donc 2 F. à la recette des impôts après compensation.

Certains commerçants ont eu recours à des opérations fictives afin de récupérer indûment un crédit de T.V.A. sur des opérations fictives.

Un commerçant par exemple procède à des achats simulés auprès de « *taxis* ». Fréquemment, ce commerçant règle le « taxi » au moyen de chèques. Le « *taxi* » remet à la banque le chèque, prélève les fonds puis les restitue au commerçant moyennant sa commission. Il ne reste plus alors au commerçant qu'à se faire rembourser d'une T.V.A. non payée. La remise du Trésor s'effectue alors le plus souvent par imputation, sans versement de fonds ni délivrance de décharge. Malgré la position de certains juges du fond, selon la Chambre criminelle de la Cour de Cassation, l'escroquerie est réalisée même en cas d'imputation, un paiement effectué par voie

scripturale étant assimilé à une remise d'espèces.[395] Les techniques de fraudes sont multiples et plus ou moins sophistiquées,[396] elles prennent fréquemment la forme d'un circuit de marchandises fictives (cf. schéma ci- dessous). Ces circuits fictifs possèdent l'avantage pour les fraudeurs de rendre les vérifications difficiles tout en permettant à plusieurs firmes réelles de profiter de la même opération.

[395] Crim, 25 janv; 1967, B. 39, G.P. 1967. 1. 229, note Cosson.
[396] J. Cosson, « Un scandale méconnu: Les fraudes sur la T.V.A. », Rec. dr. pén. 1965, p 4 et s.



1) La firme I facture de la marchandise fictive hors taxe.

2) Le taxi I facture avec taxe.

3) La firme II récupère le crédit de taxe fictif et facture la marchandise fictive hors taxe au taxi III.

4) Le taxi II facture avec taxe.

5) idem que 3)

6) Le taxi III facture avec taxe à la firme I et récupère le crédit de T.V.A. indu.

Un problème proche a concerné l'industrie cinématographique. En effet, les loueurs de films sont généralement payés en pourcentage de la recette des exploitants de salle. Ces derniers peuvent être tentés de minorer leurs recettes notamment par des manipulations comptables. Ils établissent des bordereaux de recette envoyés aux loueurs qui leur délivrent un quitus. Ce quitus peut constituer la remise exigée dans l'incrimination d'escroquerie. Mais qu'en est- il lorsqu'une convention stipule que la réception du bordereau sans observation vaut quitus, peut-on considérer qu'il y a remise indirecte par abstention ? Les juridictions du fond se sont parfois montrées confuses sur ce point,[397] mais la plupart des juridictions ne retiennent pas l'escroquerie en l'absence de remise d'un quitus,[398] ce qui paraît logique, un simple accusé de réception ne suffisant pas à caractériser la remise.[399] Un régime spécifique a été mis en place par les décrets n°56- 158 du 27 janv. 1956 et n° 58- 441 du 14 avril 1958. Il réprime directement les fausses déclarations de recettes et les pratiques qui la rendent possible. Le problème soulevé devrait donc perdre de son acuité, même si les sanctions prévues par ces textes le sont sans préjudice de l'application des peines de l'escroquerie.[400]

Dans ces différentes hypothèses, la remise d'un titre représentant un bien incorporel ne pose pas de difficulté majeure. Cette

---

[397] Trib. corr. Aubusson, 6 janv. 1950: J.C.P. 1950, éd. G, IV, 95; C.A. Aix- en- Provence, 29 juin 1951, J.C.P. 1952, éd. G, IV, 55.

[398] C.A. Montpellier, 11 mai 1949: S. 1950, 2, p; 69, note Delpech; R.S.C. 1950, P. 208, obs Bouzat; C.A. Agen, 37 mars 1958: J.C.P. 1958, éd. G, II, 10844, note Delpech.

[399] Crim, 15 mai 1886: B. 180.

[400] Delpech, L'application de l'article 405 du Code pénal au contrat de location de films de cinéma: J.C.P. 1965, éd. G, I, 1214; Crim, 17 oct. 1967, R.S.C. 1968, p. 325, obs. Légal; B. 250; T. corr. Lyon, 30 sept; 1959, J.C.P. 1960, éd. G, II, 11465, note Delpech.

forme de remise est conforme à celle qu'avait envisagé le législateur dans l'incrimination d'escroquerie, l'interprétation est téléologique pure. D'autre part la jurisprudence a dû adapter le texte originaire au progrès de la technique moderne. Il s'agit d'un cas typique de l'interprétation téléologique pure.

2) La remise d'un titre représentant des biens immatériels : l'interprétation téléologique pure

L'énergie, l'eau, le froid, le chaud, même s'ils sont des biens immatériels apparaissent comme étant des choses susceptibles d'escroquerie au même titre que les objets corporels. La solution est également adoptée en matière de vol. Elle procède de l'interprétation téléologique pure de la notion de chose, il est du devoir des juges (sous peine de déni de justice) d'adapter des textes qui datent parfois du début du XIX eme siècle à l'évolution du monde moderne, or la valeur marchande de ces biens immatériels est indéniable.

C'est donc logiquement que se rend coupable d'escroquerie un abonné à E.D.F-G.D.F., qui par un trucage ou une manipulation de son compteur, minore sa consommation et obtient ainsi une quittance.[401] La solution se justifie parfaitement, même s'il est également possible de soutenir qu'une telle fraude constitue un délit de tromperie sur la qualité de marchandise achetée ou vendue, prévu par la loi du 1er août 1905.[402]

En revanche, sous le régime de l'ancien texte relatif à l'escroquerie, le fait de considérer comme une escroquerie la remise d'un titre représentant un service paraissait beaucoup plus contestable, car il s'agissait d'une interprétation supra- téléologique de la notion de remise telle qu'elle avait été conçue par le législateur de 1810.

3) La remise d'un titre représentant un service: l'interprétation supra-téléologique

La jurisprudence refusait en principe de retenir la qualification d'escroquerie lorsque le titre remis représentait un service. Ce fut le cas par exemple en matière de manœuvres aboutissant à la remise de titres de transports, même si les législations étrangères permettaient de les réprimer au moyen de la qualification d'escroquerie.

[401] Crim, 2 nov. 1945: R.S.C 1946, p. 240, sur pourvoi de C.A. Paris, 26 juin 1941, R.S.C. 1946 p. 318; G.P. 1941, 2, p. 65.
[402] C.A. Angers, 20 déc. 1956: J.C.P. 1957, éd. G. II, 9857, note Delpech.

La position de la jurisprudence a pu sembler davantage contestable en ce qui concerne l'abus d'appareils automatiques.[403] Certes, il est possible de considérer que l'escroquerie au parcmètre permet d'obtenir un dégrèvement d'impôt par imputation matérialisée par la remise d'un ticket ou par le déplacement d'une aiguille, mais l'obtention d'une communication constitue bel et bien l'obtention d'un service. La fraude au taxiphone ne semblait donc pas répondre à la qualification d'escroquerie en raison de la nature de la remise (un service). Seule une interprétation supra- téléologique de la notion de remise pouvait permettre la répression d'un tel comportement. Remarquons que cette interprétation supra- téléologique était favorisée par l'imprécision des termes législatifs. En effet, les expressions « *obligations, dispositions, promesses ou décharges* », dont se servait l'article 405 ACP, étaient générales et absolues; elles embrassaient tous les actes qui formaient un lien de droit et à l'aide desquels on pouvait préjudicier à la fortune d'autrui.[404]

[403] Fraude au parcmètre: Crim, 10 déc. 1970, D. 1972. 155, note crit. Roujou de Boubée, J.C.P. 1972. II. 17277, note appob. Gassin, G.P. 1971. 2. 640, note réservée Doucet. Fraude au taxiphone: Douai, 16 juin 1972, G.P. 1972.2.722; Aix-en -Provence, 13 sept. 1972, J.C.P. 1972. II.17240.
[404] Jacquemont, R.S.C. 1978. 33.

L'insuffisance de la qualification d'escroquerie était patente non seulement dans ce cas, mais également concernant les moyens de communication à distance. L'avant projet de Code pénal publié en juillet 1980 proposait déjà d'élargir sensiblement la notion de remise. L'article 2211, plutôt que d'énumérer, en une longue liste, les divers objets que la loi entend protéger avait pris le parti de recourir à une formule synthétique en trois points: la victime trompée est amenée « *à fournir un service, à s'engager par un acte opérant obligation ou décharge ou à remettre une chose quelconque* ». L'expression « *s'engager par un acte opérant obligation ou décharge* » *reprenait la formule jurisprudentielle « s'engager par un acte créateur d'un lien de droit* » qui résumait les termes de la loi « *obligation, dispositions, billets, promesses, quittances ou décharges* ». En revanche, l'emploi du mot « *services* » constituait une véritable innovation, alignant le droit français sur les droits étrangers.

Il est heureux que les rédacteurs du nouveau Code pénal se soient également engagés dans cette voie, limitant ainsi les risques d'une interprétation supra- téléologique.

B) L'extension législative de la notion de remise

L'article 313-1 N.C.P. mentionne désormais l'expression « *bien quelconque* ». Ce qui signifie que l'escroquerie peut désormais porter sur n'importe quel document représentant un droit incorporel comme l'obtention d'un fichier clientèle ou d'une information quelconque, du moment que cette information possède une valeur vénale.

Mais surtout, et c'est innovation essentielle du nouveau texte, la remise peut être celle d'un service. Il sera désormais possible de réprimer sous la qualification d'escroquerie des agissements qui anciennement soit ne tombaient pas sous le coup de la loi, soit constituaient d'autres infractions, comme le fait de prendre un billet de transport au moyen d'un billet falsifié (cf. circulaire d'application). L'interprétation supra- téléologique qui prévalait en matière de télécommunication[405] est appelée à disparaître, le texte étant en conformité avec les besoins nouveaux de la répression.

[405] Remise d'une facture minorée représentant des communications téléphoniques: Crim, 4 mai 1987 B. 175; 13 Déc. 1990 B. 435.

Chapitre II le déclin des notions de résultat et de préjudice

L'étude de la jurisprudence pénale, relative à l'usage de documents commerciaux, laisse entrevoir un déclin progressif des notions de résultat (SI) et de préjudice (SII). Le déclin de la notion de résultat va de pair avec le déclin de la notion de préjudice.[406] La notion de résultat doit cependant être distinguée de celle de préjudice.[407] Un résultat matériel d'une infraction tel qu'il est décrit par la loi peut ne pas être préjudiciable à la victime et entraîner tout de même la répression pénale. Et même lorsque le résultat matériel apparaît comme préjudiciable, il ne se confond pas pour autant avec le préjudice. Le résultat matériel est toujours le même pour un type déterminé d'infractions. le préjudice en revanche peut se définir comme le « *le résultat matériel d'infraction envisagé du point de vue de la personne qui le subit* ».[408] Il est plus ou moins vivement ressenti selon la personnalité de la victime. Enfin, le résultat matériel est immuable, alors que le préjudice est évolutif. Il peut s'aggraver, s'atténuer ou disparaître.

---

[406] La distinction entre les notions de résultat et de préjudice est délicate. Parfois, l'activité incriminée par la loi se confond indiscutablement avec la production d'un dommage nécessairement préjudiciable, comme par exemple un homicide. Dans le cas de la tentative, le commencement d'exécution contient en germe la production du préjudice. Parfois, le résultat ne suppose pas nécessairement la démonstration d'un préjudice (cf. escroquerie, faux en écritures).
Dans le cas de l'abus de confiance, la situation est intermédiaire, le préjudice doit en principe être constaté mais peut n'être qu'éventuel. La jurisprudence a cependant étendue la notion de préjudice de manière si extensive dans le cas de l'abus de confiance, qu'il est possible de se demander s'il s'agit encore d'un élément constitutif de l'infraction.
[407] P. Phillipot, Les infractions de prévention, Thèse Nancy 1977, P 26 et 27.
[408] J. Bellamy, Le préjudice dans l'infraction pénale, Thèse Nancy, 1937, p. 8.

Le déclin des notions de résultat et de préjudice témoigne du recul du principe d'interprétation stricte de la loi pénale.

Section I: L'absence de résultat

La répression pénale est possible même en l'absence de résultat matériel. Il en est ainsi de l'infraction tentée. Il est possible de constater que la jurisprudence s'est orientée peu à peu vers une interprétation extensive de la notion de tentative. Cette sévérité concernant les documents commerciaux risque parfois d'aboutir à certaines dérives supra- téléologiques (§I). La doctrine a parfois tenté de justifier cette évolution en invoquant la possibilité de considérer comme formelles (c'est à dire dénuées de résultat matériel) des infractions qui jusque là étaient reconnues comme matérielles, ce qui fut le cas de l'escroquerie. En réponse à cette évolution doctrinale et jurisprudentielle, le législateur a créé des infractions formelles, de simples actes préparatoires ont ainsi été érigés en infractions consommées (§II).

§I: L'interprétation supra- téléologique de la notion de tentative

Parfois, l'infraction n'est pas consommée bien quelle soit caractérisée par une manifestation extérieure de la volonté. Le délinquant peut ne pas avoir mené à bien son projet délictueux parce qu'il n'a pas eu le temps ou la persévérance de le mener jusqu'à son terme. La tentative est alors interrompue A).

La tentative peut également se révéler infructueuse. Le délinquant pensait avoir réalisé tous les actes qui devaient conduire au résultat escompté mais en vain pour des raisons indépendantes de sa volonté B).

Dans ces hypothèses, on se rend compte que la jurisprudence tend parfois vers une interprétation supra- téléologique.

A) L'infraction interrompue

1) Les interprétations doctrinales

Plusieurs conceptions de la tentative peuvent être opposées, les conceptions objectives, subjectives et mixtes. Les conceptions subjectives sont celles qui permettent de retenir le plus facilement la tentative contrairement aux conceptions objectives.

Les conceptions objectives s'attachent à l'analyse stricte des faits. Selon l'objectivisme le plus rigoureux, il y a commencement d'exécution lorsque l'agent a accompli ou commencé d'accomplir l'une des opérations matérielles qui figurent parmi les éléments constitutifs de l'infraction.[409] Cette théorie a été très peu utilisée en pratique (sauf en matière d'escroquerie).[410] Elle a pour inconvénient d'entraîner l'impunité de certains actes très proches du résultat final. Un objectivisme plus souple a fait valoir que l'article 2 A.C.P.[411] vise en réalité le commencement d'exécution de la tentative et non le commencement d'exécution de l'infraction elle- même.[412] Il suffit que

[409] Ortolan, Eléments de droit pénal, I, n° 1012; Chauveau et Hélie, Théorie du Code pénal, I, n° 247; Villey, notes au S. , 1875.1.385;1880.1. 233.
[410] Garçon, art; 2, n° 58, art 405 n° 139 bis.
[411] Selon l'article 2: « Toute tentative de crime qui aura été manifestée par un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue ou si elle n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur , est considérée comme le crime même »; les termes de cet article sont repris dans le nouvel article 121- 5: « La tentative est constituée dès lors que, manifestée par un commencement d'exécution, elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur ».
[412] Crim, 14 juin 1977, D. 1978. 127; 15 mai 1979, D., 1980. 409, notes M-J Cambassedes.

l'agent soit selon l'expression de certains auteurs « *entré en action* »,[413] cette action pouvant être antérieure à l'exécution de l'infraction proprement dite.

Les conceptions subjectives s'attachent surtout quant à elles à sonder l'état d'esprit du délinquant. En opposition à la thèse objective, d'essence néo- classique, la thèse subjective a d'abord été prônée par des positivistes comme Ferri et Garofalo.[414] Plusieurs définitions d'inspiration subjective de la tentative ont été proposées. Pour Donnedieu de Vabres, la tentative est punissable « *lorsqu'il existe entre le mal commis par l'agent et le but qu'il se proposait une distance si faible que, laissé à lui même, il l'aurait très certainement franchie* ».[415] Selon Degois, le commencement d'exécution est « *l 'acte par lequel l'agent a subjectivement conscience de commencer l'exécution de l'infraction qu'il a projetée* ».[416] Pour Vidal et Magnol, il y a commencement d'exécution « *quand l'agent s'est montré décidé à courir les risque de l'entreprise, quand il a entendu couper les ponts derrière lui* ».[417] Les conceptions subjectives, si elles permettent de défendre efficacement la société peuvent avoir des conséquences fâcheuses. En effet, en élargissant à l'excès le concept de tentative punissable, le subjectivisme pourrait permettre à la jurisprudence de généraliser une interprétation supra- téléologique.

---

[413] Garrraud, Tr; dr. pén., I, p 494; Roux, I, p. 106; Vidal et Magnol, I, p 150.
[414] Ferri, Sociologie criminelle, n° 69 et Garofalo, Criminologie 338 et s.; voir également Garçon, art 3, n° 48.
[415] Donnedieu de Vabres, Tr, n° 231.
[416] Degois, Traité élémentaire de droit criminel, 2eme ed., n° 165.
[417] Vidal et Magnol, I, P 150.

Situer le moment de la tentative punissable dès la phase de la résolution manifeste, « *ce serait la négation du commencement d'exécution exigé par le code* ».[418] Une telle conception appliquée aux documents commerciaux risquerait d'avoir des effets paralysant sur l'économie en risquant d'entraîner une intervention trop fréquente de la justice pénale dans le monde des affaires ainsi qu'une probable surcharge des tribunaux (cf. la dépénalisation du chèque sans provision). La multiplication des procès pénaux aurait pour conséquence une perte de crédibilité généralisée des documents commerciaux, qu'ils soient intrinsèquement ou extrinsèquement crédibles.

Aussi, certains auteurs comme Garraud ont proposé une conception mixte comportant beaucoup moins de risques d'arbitraire que la précédente. Selon cet auteur, le commencement d'exécution est l'acte qui tend directement et immédiatement à la perpétration de l'infraction.[419] Cette théorie peut être illustrée par la distinction opérée par la doctrine italienne entre l'acte « *univoque* » et l'acte « *équivoque* ».[420] L'acte univoque est celui qui démontre clairement et de manière indiscutable l'intention criminelle de son auteur. L'acte équivoque au contraire possède le caractère d'acte préparatoire. Ainsi, le fait d'acheter le matériel nécessaire à la falsification d'un document commercial (solvant, encre...) est susceptible de plusieurs interprétations, l'acte est alors équivoque, il ne s'agit pas d'un commencement d'exécution punissable. En revanche, le fait par exemple de présenter à l'escompte un effet de commerce falsifié accompagné de fausses factures n'est pas susceptible de plusieurs interprétations, l'acte est clairement univoque, il y a commencement d'exécution. Cette

[418] R. Merle et A. Vitu, Traité de Droit criminel, T I, 7 eme ed 1997,p 630 n° 496.
[419] Garraud, Tr. dr. pén. , I, n°232, p 494.
[420] Distinction inventée parr Carrara, reprise en France par Laborde, Précis de droit crim., 3e éd. n° 95.

distinction parait séduisante et facilement utilisable.[421] Elle ne permet pas cependant d'expliquer les dérives parfois supra- téléologiques de la jurisprudence en matière de tentative interrompue (cf. supra).

2) les fluctuations jurisprudentielles et les dérives supra- téléologiques

Lorsque la réalisation de l'infraction est interrompue par un élément extérieur à la volonté du délinquant, il est alors possible de parler de tentative. De la plupart des arrêts se dégage une définition assez souple de la notion de tentative. C'est un acte qui ne laisse subsister aucun doute sur les intentions de son auteur et qui conduit directement à l'infraction.[422] Il y a donc dans cette jurisprudence une référence à l'intention inspirée de la théorie subjective et au lien de causalité inspiré d'une conception mixte.

Concernant l'escroquerie, la tentative était déjà prévue par l'article 405 ancien du Code pénal, elle l'est aujourd'hui par l'article 313- 3 du Code pénal actuel. Les manœuvres frauduleuses réalisées au moyen de documents commerciaux peuvent donc constituer un commencement d'exécution répréhensible même en dehors de tout résultat. De simples mensonges écrits, comme en matière d'escroquerie consommée, ne peuvent être en principe considérés comme un commencement d'exécution (cf. supra). Ainsi, la création d'un simple

---

[421] Chambon, note J.C.P., 1961. II. 11964; Légal, R.S.C., 1959, P. 843.

[422] Crim, 5 juill. 1951, B., 198; 25 oct. 1962, D., 1963.221; 29 déc. 1970, B. 356, J.C.P., 1971. II. 16770; note Bouzat. Comp; Crim., 25 mars 1898, S., 99. 1. 102; 4 juin 1920, B., 257; 30 juill. 1942, J.C.P., II.1942. 2054.

document mensonger relatif à l'existence d'une créance, afin d'obtenir une remise de fonds ne peut être sanctionnée au titre d'une tentative d'escroquerie.[423] La création du document commercial mensonger ne suffit pas à caractériser la manœuvre frauduleuse constitutive du commencement d'exécution. Il faut en plus que le document soit utilisé pour demander une remise.

En la matière, la jurisprudence a tout d'abord fait preuve d'une interprétation téléologique pure en se référant à la théorie doctrinale de l'acte univoque. Dans un célèbre arrêt du 27 mai 1959,[424] le propriétaire d'un camion assuré l'avait incendié dans l'intention d'obtenir une indemnité d'assurance. Mais il n'avait fait parvenir à son assurance aucun document commercial, aucune attestation visant à se faire remettre l'indemnité. Les juges n'y virent avec justesse qu'un acte préparatoire insusceptible de répression pénale. En effet, ce début de mise en scène ne permettait pas d'établir formellement que le prévenu avait cherché à obtenir la remise, seule l'expédition d'un document tendant à cette remise aurait pu le faire. Il s'agit là d'une jurisprudence bien établie. La tentative d'escroquerie à l'assurance n'existe qu'à partir du moment où des documents (commerciaux ou non) assimilables à une demande de paiement sont adressés à l'assureur.[425]

En réalité, il semble qu'un contact entre l'escroc et sa future victime est nécessaire pour qu'il y ait commencement d'exécution.[426] La demande d'indemnisation peut être explicite ou implicite, comme des factures accompagnant une déclaration

[423] Paris, 31 mai 1922, G.P. 1922.2.232.
[424] Crim, 27 mai 1959, B.282.
[425] Crim, 6 mars 1866, B. 98; 7 fév. 1868, S. 1868. 1. n° 169, G.P. 1968. 2. 22; 3 nov. 1978, B.299; 28 nov. 1978, G.P. 1979, Som. 27; Fray et Barbaney, « L'escroquerie à l'assurance », G.P. 1978.2. Doct. 491.
[426] J. F. Seuvic, thèse, op cit, p 969.

de sinistre. Lorsque l'agent ne s'est pas efforcé d'entrer en contact avec son éventuelle victime, la phase d'exécution n'est pas commencée, alors même que les actes accomplis seraient parfaitement univoques. Par exemple, la tentative d'escroquerie n'est pas réalisée par celui qui dépose une lettre avec déclaration de valeur mais ne contenant en réalité que du papier, quoiqu'il ait préparé l'enveloppe de manière à faire croire qu'elle avait été ouverte en cours de route et que son contenu avait été soustrait, faute de démarches auprès de l'administration des postes pour obtenir le paiement des sommes déclarées.[427] Ainsi, tant que des documents commerciaux falsifiés ne sont pas reçus par la dupe, ou lorsqu'ils sont « *informes* » (supra), l'expédition de ces documents ne peut être considérée comme une tentative d'escroquerie.

[427] J. Deveze, Le commencement d'excution de l'infraction en jurisprudence,R. S. 1981, p 796.

La jurisprudence a pourtant parfois procédé à une extension contestable de la notion de tentative qu'il est possible de qualifier de supra- téléologique. Ainsi, dans un arrêt du 14 juin 1977,[428] la Chambre criminelle de la Cour de cassation a fait allusion au commencement d'exécution de la tentative. Or, le commencement d'exécution de la tentative, n'est- ce pas en réalité la tentative de la tentative? Cette notion est d'une orthodoxie douteuse. Les textes sur la tentative (anciens et nouveaux) se réfèrent manifestement au commencement d'exécution de l'infraction telle qu'elle devrait être consommée. Cette notion a été utilisée à plusieurs reprises dans la jurisprudence, avec des résultats divers. Ces interprétations jurisprudentielles extensives donnent lieu à de graves incertitudes. En effet, pourquoi faut- il retenir le commencement d'exécution de la tentative dans certains cas et pas dans d'autres? Dans une affaire de trafic de drogue,[429] un individu avait envoyé à un ami un mandat pour acheter du haschich, mais le mandat impayé par suite de l'absence du destinataire a été renvoyé à l'expéditeur. En l'espèce, la tentative n'a pas été retenue. La solution est transposable en droit pénal des affaires. Ainsi une personne qui confierait un chèque sans provision à un mandataire pour commettre une escroquerie et qui se verrait renvoyer le chèque en l'absence de destinataire ne se rendrait pas coupable d'escroquerie.

Pour certains auteurs[430] les variations jurisprudentielles s'expliquent en fonction de la personnalité de l'agent ou du type d'infraction en cours de réalisation. De telles incertitudes, si elles peuvent se comprendre en raison de l'absence de définition législative

[428] Crim, 14 juin 1977, B. 215, D. 1978. 127, note J.M. Robert, R.S.C. 1978. 360. obs Bouzat; voir également:
[429] Crim, 15 mai 1979, D. 1979 I.R., Puech; D. 1980. 409, note M.J. Cambassedes.
[430] J-M Cambassedes, note au D., 1980. 409; Larguier, R.S.C., 1976. 409.

claire et précise de la notion de tentative, s'opposent au principe de légalité criminelle. Les solutions retenues en matière d'interruption involontaire sont en revanche conformes à ce principe.

3) L'interruption involontaire: une interprétation téléologique pure

Le législateur, dans un souci de prévention, a précisé dans son texte (Art. 121-5 du Code pénal actuel, Anc Art. 2 C.P.) que pour être punissable, le commencement d'exécution a dû être suspendu par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur. Lorsque le désistement n'est pas dû à une circonstance extérieure l'agent doit échapper à la sanction. En revanche, dès lors que la cause du renoncement est externe, la tentative doit être retenue. Ainsi, un individu qui abandonne sa tentative d'escroquerie à l'assurance en raison d'une enquête judiciaire susceptible de dévoiler la supercherie demeure punissable.[431] De même, le repentir actif qui intervient après la consommation de l'infraction ne supprime pas en principe la responsabilité pénale. Il existe cependant certaines exceptions légales. L'article 450-2 du Code pénal actuel (Anc. Art . 268 C.P.) accordait par exemple une exemption de peine aux membres d'une association de malfaiteurs qui auraient révélé aux autorités l'entente établie. La loi du 3 janvier 1972 prévoyait que l'action publique ne devait pas être exercée si, à l'expiration d'un délai de dix jours francs à compter du jour de la présentation du chèque sans provision, cette provision avait

[431] Crim, 20 juill. 1933, B. 158.

été constituée ou complétée, ou si le chèque avait été payé, et si le tireur s'était acquitté d'une amende par l'intermédiaire du tiré.

L'interruption involontaire ne soulève donc pas de problème au regard du principe de légalité criminelle et d'interprétation stricte de la loi pénale. Ce n'est pas toujours le cas en ce qui concerne la tentative infructueuse.

B) la tentative infructueuse

La tentative infructueuse peut être subdivisée en deux notions distinctes: l'infraction manquée et l'infraction impossible. L'infraction est manquée lorsque le délinquant n'a pu obtenir de résultats en raison de sa maladresse ou d'un événement fortuit. L'infraction est impossible lorsque son objet n'existe pas ou lorsque les moyens employés s'avèrent totalement inefficaces. Si la notion d'infraction manquée ne suscite pas de controverses, celle d'infraction impossible conduit parfois à une interprétation supra- téléologique.

1) L'infraction manquée: une interprétation téléologique pure

Le délit manqué ne soulève guère de difficultés en matière d'escroqueries réalisées au moyen de documents commerciaux. La répression se justifie, même si l'escroc n'est pas parvenu à ses fins pour des raisons indépendantes de sa volonté. Il en sera ainsi, même si la dupe refuse d'effectuer la remise, celle- ci ayant découvert la manœuvre frauduleuse réalisée par exemple au moyen de documents commerciaux falsifiés. Une dérive supra- téléologique n'est pas ici à craindre. En effet la répression de l'infraction manquée résulte de l'analyse de l'ancien article 2 du Code pénal: « *Toute tentative de crime... si elle n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur est considérée comme le crime même* ». Ce texte est repris par le nouvel article 121-5 N.C.P.: « *La tentative est constituée dès lors que... elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet qu 'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur* ».

Les solutions concernant le délit impossible sont plus controversées.

2) L'infraction impossible

Il convient de distinguer l'impossibilité de fait de l'impossibilité de droit.[432] L'impossibilité de droit a donné lieu à une jurisprudence parfois contestable.

a) L'impossibilité de fait: l'interprétation téléologique pure

L'impossibilité de fait correspond à une inefficacité des moyens employés, à une inexistence des objets convoités.

Dans un premier temps, certains arrêts s'orientèrent vers la thèse de l'impunité généralisée. Cette thèse objective d'origine allemande soumet la répression à la nécessité d'un trouble social ou individuel effectif. La tentative est alors considérée comme un démembrement, un « *fragment* » matériel de l'infraction selon l'expression de Garraud.[433]

D'autres auteurs français[434] ont repris cette thèse. Ils ont alors procédé à une interprétation littérale pure de l'article 2 de

[432] Distinction initiée par Garraud (Tr. dr. pén. , I, p 515) et Roux (I, p 117).
[433] Garraud, Tr. dr. pén.,I, p 509.
[434] Lefort, Rev. gén. de dr. , 1978, p 81; Champcommunal, R.C.L. j., 1895, p 94; Rossi, Cours de droit pénal, I, chap. 30; Chauveau et Hélie, Théorie du Code Pénal, I, p. 400; Villey, France judiciaire, 1877- 1878, p 185, et note au S. , 1877. 1. 329.

l'ancien Code pénal. Selon ces auteurs, l'article 2 supposait soit un commencement d'exécution soit une exécution. Or, il ne peut y avoir exécution ou commencement d'exécution d'une action impossible. L'infraction n'est donc pas punissable. Cette interprétation littérale pure du texte semble quelque peu spécieuse. Car en réalité, ce n'est pas l'exécution ou le commencement d'exécution de l'infraction qui est impossible, c'est son résultat. En toute logique, si l'on devait suivre ce raisonnement à la lettre, la répression de la tentative interrompue deviendrait impossible faute de résultat. Cette thèse a donc été rapidement abandonnée par la jurisprudence au profit d'une interprétation supra- littérale, plus protectrice de la crédibilité des documents commerciaux.

La Chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un deuxième temps, s'est alors inspirée de la distinction doctrinale entre impossibilité relative et absolue.[435]

L'impossibilité est absolue dans la mesure où l'objet de l'infraction n'existe pas, comme une escroquerie pratiquée au moyen de papiers commerciaux à l'encontre d'une société fictive. Il en est de même lorsque les moyens employés apparaissent comme totalement inefficaces, comme l'utilisation de documents « *informes* ». La répression n'est alors pas envisageable.[436]

[435] Ancel, La défense sociale nouvelle, P127.
[436] Ortolan, Eléments de droit pénal, p; 455, n° 1005 et s.

En revanche, il y a impossibilité relative lorsque les moyens utilisés par l'escroc, comme l'usage de documents mensongers, ne trompe pas la personne visée en raison de sa vigilance, ou lorsque l'objet de l'infraction n'a pu être atteint que de manière momentanée, comme la tentative d'escroquerie à l'encontre d'une personne insolvable.

La jurisprudence a ainsi rendu certaines décisions surtout en matière d'escroquerie aux certificats et attestations. Ainsi, a été considérée comme une impossibilité relative punissable la présentation de faux certificats médicaux à une compagnie d'assurance qui, n'ayant préalablement signé aucune police avec l'escroc, n'était pas tenue à garantie.[437] Il s'agit en l'espèce de certificats médicaux, mais la solution aurait été exactement identique, si l'escroc avait présenté par exemple de fausses factures entre commerçants, une fausse comptabilité, de faux relevés de compte à la compagnie d'assurance.

Cette distinction inusitée dans d'autres branches du droit (droit commercial, droit civil, droit des affaires) atteste du caractère autonome du droit pénal et d'une interprétation supra-littérale de la notion de tentative.

Cette distinction, dans un troisième temps, a cependant été abandonnée par la Chambre criminelle à partir de 1928.[438] L'infraction impossible devient répréhensible par principe. Les arrêts les plus récents semblent également avoir abandonné cette distinction, bien que

[437] Crim, 20 mars 1919, B. 70, S. 1921.1. 233, note Roux.
[438] Crim, 9 nov. 1928, D.P., 1929.1.97, note Henry; Puech, I, p 215 et s. (injections d'eau de Cologne mélangée à de l'eau de vie en vue de procurer un avortement).

certaines juridictions du fond y fassent encore occasionnellement allusion.[439] L'interprétation de la Chambre criminelle apparaît alors comme téléologique pure, l'esprit de la loi est ici respecté, mais l'interprétation de la norme s'adapte aux conditions de la vie moderne en général et du commerce en particulier. Deux limites pourtant subsistent à la répression des cas d'impossibilité de fait. L'une concerne les infractions surnaturelles, l'autre procède des règles propres à la tentative.

[439] Trib. Corr. Nanterre, 4 mai 1979, G.P., 1979. 2. 567.

Concernant les infractions surnaturelles, qui consistent à attirer le malheur sur autrui en invoquant des moyens surnaturels, la jurisprudence est claire. En principe, l'absurdité des moyens employés est telle que l'impunité s'impose.[440] On pourrait penser que de tels procédés sont fort éloignés du milieu des affaires, qu'ils n'intéressent donc absolument pas les documents commerciaux en droit pénal des affaires. Les faits cependant prouvent que l'irrationnel est un paramètre fondamental de l'économie moderne, du côté des consommateurs comme de celui des investisseurs et des marchés boursiers. Il suffit pour s'en convaincre de se remémorer l'affaire du « *sucre* ». Une simple rumeur de pénurie avait entraîné une surconsommation de sucre par stockage, ce qui avait eu pour conséquence une pénurie réelle et une flambée artificielle des cours, la comptabilité des entreprises du secteur s'en était trouvée complètement faussée. Une croyance irrationnelle peut donc entraîner de graves conséquences tant pour les consommateurs que pour les entreprises ou les marchés. Le droit pénal a incriminé spécialement certains comportements visant à favoriser une croyance irrationnelle comme certaines publicités mensongères faites dans l'intérêt de l'entreprise (Art. 433-18 du Code pénal actuel ; Anc Art. 262 et 263 C.P.). En règle générale, il existe en droit pénal économique de nombreuses incriminations concernant la diffusion d'informations mensongères ou calomnieuses qui auraient pour conséquence de troubler le libre jeu du marché (Cf. l'ancien article 57 de l'ordonnance n° 86- 1243 du 1er déc. 1986). De même, l'incrimination d'escroquerie comportait, dans son ancienne rédaction, les notions de « *pouvoir ou de crédit imaginaire, d'espérance ou de crainte...* ». Le caractère « *surnaturel* » ou irrationnel d'une information diffusée à propos de prestation de services ou de

[440] Larguier, Le juge et le sorcier, J.C.P., 1967. 1. 2055.

vente de biens n'apparaît donc pas comme un obstacle absolu à la répression en matière de droit pénal des affaires, lorsque cette information est destinée à porter atteinte au libre jeu du marché.

Une autre limite procède des règles propres à la tentative; il convient de rappeler que pour être répréhensible, la tentative doit être légalement punissable. Or, certaines incriminations en droit pénal des affaires ne prévoient pas la tentative comme en matière d'abus de confiance (Art. 314-1 du Code pénal actuel).

A l'exception de ces deux limites, la répression des infractions impossibles en fait paraît tout à fait justifiée au regard du principe d'interprétation stricte de la loi pénale. L'interprétation de la jurisprudence est ici téléologique pure. Les solutions adoptées peuvent sembler plus discutables en cas d'impossibilité de droit.

b) L'impossibilité de droit: les risques d'interprétation supra-téléologique

Lorsque l'infraction n'existe que dans l'imagination de l'agent, il est possible de parler d'infraction putative. Le principe de légalité s'oppose « *catégoriquement* » à la répression.[441] Il s'agirait par exemple d'un individu effectuant un paiement avec un chèque sans provision qui croirait relever de l'ancienne législation pénale sur les chèques sans

[441] Ortolan, op cit, p 448.

provision aujourd'hui disparue. Il existe également une impossibilité de droit lorsqu'un élément matériel de l'infraction nécessaire à sa qualification est absent. Pourtant, dans l'arrêt du 16 janvier 1986,[442] rendu à propos d'une tentative de meurtre pratiquée sur un cadavre supposé vivant, la Chambre criminelle a retenu la culpabilité de son auteur. Or la tentative devrait tendre uniquement à la consommation d'un acte pénalement incriminé. En s'inspirant de la même logique, cela reviendrait en matière de documents commerciaux à considérer comme réalisée la tentative d'escroquerie effectuée au moyen d'un document commercial informe, expédié à une mauvaise adresse. Une telle jurisprudence a été approuvée par d'éminents auteurs,[443] dont le Professeur Vitu qui a exprimé son attachement à la théorie subjective et rejeté la distinction entre l'impossibilité de droit et l'impossibilité de fait, le délit impossible n'étant qu'un aspect de la catégorie plus vaste du délit manqué, il est réprimé en tant que délit manqué, et assimilé par l'article 2 du Code pénal (art. 121-4 et 121-5 du Code pénal actuel) à l'infraction tentée dont il emprunte les conditions de punissabilité.

En dépit de la pertinence de ces arguments, une telle jurisprudence n'est semble -t-il pas acceptable en droit pénal des affaires car elle pourrait ouvrir la voie d'une interprétation supra-téléologique généralisée. Un tel subjectivisme appliqué au droit pénal des affaires risquerait d'avoir pour conséquence une inflation des procédures pénales concernant les documents commerciaux. La confiance, indispensable au déroulement des affaires commerciales s'en ressentirait, de même que la crédibilité des documents commerciaux. Il est cependant possible de penser que cette jurisprudence n'aura pas de

[442] Crim, 16 janv. 1986, D. 1986. 266.
[443] Cet arrêt a divisé la doctrine, cf. Notes D. Mayer et Gazounaud, Pradel au D. , 1986. 265; Obs A. Vitu, R.S.C 1986 p 839. Obs. Levasseur, R.S.C., 1986 p. 850;

suite en droit pénal des affaires, la solution adoptée par la Chambre criminelle étant « *d'inspiration plus criminologique que juridique* ».[444]

Pourtant, les nécessités de la répression ont conduit certains auteurs tout comme le législateur à ériger en infractions consommées de simples actes préparatoires.

§II : Les réactions doctrinales et législatives à l'interprétation supra- téléologique de la notion de tentative

Une partie de la doctrine a tenté d'expliquer l'interprétation supra- téléologique de la notion de tentative en assimilant certaines infractions matérielles comme l'escroquerie, qui ne sont consommées que si elles ont produit le résultat spécifié dans la loi, à des infractions formelles réputées consommées par le seul emploi du moyen ou du procédé propre à provoquer le résultat dommageable A). Le législateur en a pris acte en créant des infractions à matérialité atténuée B).

[444] R. Merle et A.Vitu, op cit, 7 eme ed. , p 645 n° 512.

A) L'escroquerie assimilée par la doctrine à une infraction formelle

Pour certains auteurs comme le professeur Bouloc,[445] l'escroquerie est devenue un délit purement formel, pour deux raisons.

Tout d'abord, le délit d'escroquerie semble indépendant de tout préjudice. Même si le préjudice disparaît avant toute poursuite, l'escroquerie demeure punissable.

Ensuite le délit d'escroquerie apparaît comme indépendant de toute appropriation. Il n'est pas nécessaire que la remise ait profité à l'escroc.

Il peut cependant sembler excessif d'assimiler l'escroquerie à une infraction formelle. Les infractions formelles sont réputées consommées par le seul emploi du moyen ou du procédé propre à provoquer le résultat dommageable, quelles qu'en aient été les suites. Or, l'infraction d'escroquerie n'est réputée pleinement consommée que lorsqu'elle a entraîné une remise. La simple présentation de documents frauduleux ne

[445] B. Bouloc, Rép. Droit pénal, Escroquerie, 1968, n° 308. Dans le même sens, Vouin, Dr. pén. spéc., 1 ère éd. 1948, n° 52.

peut pas être réprimée au titre de l'infraction consommée d'escroquerie, mais seulement de sa tentative.[446]

Certains auteurs,[447] sans évoquer le caractère formel de l'infraction, ont avancé exagérément semble- t-il le moment de la consommation de l'infraction en faisant de l'escroquerie un « *mensonge spoliateur* ».

D'une part, cette analyse est contredite par la jurisprudence qui se refuse à qualifier d'escroquerie le mensonge simple comme la confection d'un document commercial mensonger ou même la présentation de ce document lorsqu'il n'est pas accompagné d'éléments extérieurs.

D'autre part cette analyse laisse supposer que l'escroquerie est selon une terminologie déjà utilisée une infraction « *pluri- offensive* ». L'incrimination d'escroquerie viserait donc à protéger plusieurs valeurs juridiques, la propriété mais aussi la confiance. Or, selon toute vraisemblance, le législateur en rédigeant l'incrimination d'escroquerie n'a eu que pour objectif de protéger la propriété;[448] la confiance étant protégée par d'autres incriminations comme le faux en écritures ou l'abus de confiance. Le caractère univoque de l'escroquerie, incrimination destinée à protéger la propriété ressort clairement de l'évolution législative. L'ancien article 405 punissait le fait d'escroquer ou de tenter d'escroquer « *la totalité ou partie de la fortune d'autrui...* ». L'article 2211 de l'avant projet de Code pénal publié en juillet 1980 se référait également à l'atteinte

[446] F. Seuvic, Thèse op cit, p 978.
[447] Y. Mayaud, Thèse, op cit, n° 190.
[448] Cf, A Vitu, Droit pénal spécial, op cit, l'escroquerie est classée parmi les atteintes contre les biens.

portée à la « *fortune d'autrui* ». Quant à l'article 313-1 du Code pénal actuel, il précise non seulement comme les textes précédents la nature du préjudice: «... *Remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, ... fournir un service ou ... consentir à un acte opérant obligation ou décharge* », mais il mentionne expressément la notion de préjudice.

Cette tendance de la doctrine à assimiler des infractions matérielles (au sens large) à des infractions formelles combinée à une intervention croissante de l'Etat dans l'économie a eu pour conséquence une multiplication par le législateur des infractions « *à matérialité atténuée* », ce qui influe sur la protection des documents commerciaux.

B) La création législative d'infractions à matérialité atténuée.

1) Les infractions formelles

Les infractions formelles sont réputées consommées indépendamment de la production d'un résultat. Il convient de les opposer aux infractions matérielles, qui ne sont consommées que si elles ont produit le résultat spécifié parmi les éléments constitutifs légaux du

fait incriminé. Il existe relativement peu d'infractions formelles « *stricto sensu* » destinées à protéger les documents commerciaux. Certains praticiens désignent du nom d'infractions formelles des incriminations qui sanctionnent des atteintes au formalisme, comme les délits relatifs à la tenue des assemblées générales (art L. 242-9 C. com) . Il serait plus correct de parler d'infractions « *formalistes* », car cette terminologie s'efforce de traduire le caractère plus administratif que criminologique de l'infraction.[449]

Il convient tout de même de mentionner l'infraction de corruption (art. 433-1 du Code pénal actuel), qui se traduit par des propositions d'avantages quelconques à une personne exerçant une fonction publique afin qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction. L'infraction est consommée dès ce stade quel que soit le résultat. Cette infraction formelle devrait donc permettre en théorie de réprimer des comportements qui tendent à provoquer un résultat dommageable avant même que d'autres infractions d'affaires soient tentées ou consommées (comme l'escroquerie, le faux, l'abus de confiance, l'abus de biens sociaux...).

[449] R. Merle et A.Vitu, Traité de droit criminel, 7 eme éd. p 648 n° 514.

En pratique cependant, on constate que la preuve d'un pacte occulte entre le corrompu et le corrupteur est particulièrement difficile à rapporter.[450] Les opérations « *mains propres* » en Italie, les mises en examen dispersées en France ont mis en évidence le fait que la corruption n'est plus un pacte entre deux ou plusieurs personnes, mais qu'elle prend corps fréquemment dans des systèmes complexes et organisés. Ces systèmes impliquent comme cela a déjà pu être constaté des sociétés fictives, des circuits de fausses facturations ou de facturations fictives, des contrats de travaux publics surévalués, et des circuits financiers internationaux...

L'incrimination de corruption est flanquée d'une multitude d'incriminations satellites comme celles visant à moraliser divers secteurs politiques administratifs économiques et financiers. On peut citer: la réglementation du financement des campagnes électorales établie par les lois n° 88- 226 et n°88- 227 du 11 mars 1988, le renforcement de la structure et des pouvoirs de la Commission des opérations de bourse par la loi n° 89- 531 du 2 août, 1989, la loi n° 91-3 du 3 janv. 1991 relative à la passation de certains marchés et contrats, la loi n° 90- 614 du 12 juillet 1990 relative au blanchiment de capitaux, et enfin la loi n° 93 - 122 du 29 janv. 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

Malheureusement, certaines lois de cet impressionnant dispositif législatif ont parfois été élaborées de façon hâtive, en vue d'échéances électorales comme la loi n°93- 122 du 29

[450] C. Ducouloux- Favard, « Fausses factures et corruption », D. 1996, Chr. p. 352 et s.

janvier 1993.[451] Elles ne permettent pas de compenser les imperfections des incriminations de corruption et de trafic d'influence. Ces dernières ne semblent pas répondre suffisamment aux nécessités d'une répression moderne, en raison de la difficulté qui existe à prouver la conclusion du pacte frauduleux. Aussi, les juges français recourent-ils le plus fréquemment aux incriminations de faux, d'escroquerie, et surtout d'abus de biens sociaux pour réprimer en réalité des faits de corruption. La notion d'infraction formelle perd ici tout son sens. L'infraction formelle de corruption qui devrait en théorie se situer en amont du résultat dommageable dans le processus de répression criminel se trouve en pratique en aval, car la preuve de la corruption apparaît beaucoup plus difficile à rapporter que celle par exemple d'abus de biens sociaux.

L'incrimination de corruption pourrait cependant être de nouveau utilisée de manière efficace en raison de la nouvelle définition d'une infraction obstacle: l'association de malfaiteurs.

2) Les infractions obstacles générales

L' infraction obstacle est l'incrimination d'une attitude ou d'un comportement dangereux *« sans portée dommageable immédiate »*. L'incrimination d'association de malfaiteurs rentre dans cette catégorie.[452] Elle revêt en effet une nature formelle qui en fait en réalité

[451] Juris- Classeur pénal, Art 432- 11, n° 47 et s.
[452] R. Merle et A. Vitu, op cit, 7 eme éd., p 649 n°515.

une infraction obstacle distincte de la participation à d'autres groupements.[453]

L'association de malfaiteurs était définie dans l'ancien Code pénal comme « *L'association formée ou l'entente établie en vue de la préparation, concrétisée par un ou plusieurs crimes contre les personnes ou contre les biens* » (art. 265 A.C. P.) ou encore d'un ou de plusieurs des délits prévus à l'article 266 A.C.P. Selon l'article 450-1 du Code pénal actuel, il s'agit de « *tout groupement formé ou entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un ou plusieurs crimes ou d'un ou plusieurs délits...* ». L'association de malfaiteurs est l'exemple type de l'infraction obstacle. Cette incrimination permet de sanctionner les délinquants qui s'organisent pour accomplir des infractions et qui font ainsi peser de graves dangers sur la société, avant même qu'ils ne passent à l'action. A l'origine, cette incrimination était davantage destinée à protéger la sécurité publique que celle des biens. Elle n'intervenait pratiquement pas dans la protection des documents commerciaux. Elle fut fréquemment utilisée dans les périodes troubles de notre histoire comme la période révolutionnaire, la fin du XIX eme et les attentats anarchistes, les années 1954- 1962 et la guerre d'Algérie.

Cependant, dès 1981 (Loi du 2 fév. 1981) [454] le domaine d'application du texte a été considérablement élargi. Il n'était plus nécessaire d'établir la préparation de plusieurs infractions pour poursuivre pénalement l'association. De plus, la nature des crimes

[453] Cf. Roujou de Boubée, Bouloc, Francillon et Mayaud, Code pénal commenté, Dalloz, 1996, commentaire de l'article 450-1; Voir également A. Vitu, le commentaire des art. 450- 1 et s. au J. Cl. Dr. pénal.
[454] Un avant projet de loi favorable à une conception élargie de l'association de malfaiteurs avait déjà été présenté dès novembre 1975 à la commission de révision du Code pénal, mais n'avait pas été retenu: cf note délibérée au cours des séances plénières des 28 novembres et 19 déc. 1975.

envisagés devenait indifférente, il n'était pas même nécessaire qu'ils soient déterminés avec précision. Quant aux délits, ils demeuraient limitativement énumérés par les articles 266 et s. et aucun d'entre eux ne concernait à proprement parler la protection des documents commerciaux. La rédaction de l'article 450-1 du Code pénal actuel pourrait modifier les choses. En effet, les rédacteurs du nouveau texte n'ont pas distingué la nature des crimes ou des délits projetés. Désormais, sont réprimées les associations ayant pour but la préparation de tout crime ou délit puni de dix ans d'emprisonnement. Certes, la plupart des délits relatifs à la protection des documents commerciaux demeurent hors de portée du champ d'application de ce texte car ils sont punis au maximum de 5 ans d'emprisonnement, à l'exception de l'abus de confiance commis par un mandataire de justice ou un officier public ministériel (l'article 314-3 du Code pénal actuel punit de peines allant jusqu'à 10 ans). Mais l'innovation la plus importante pourrait concerner les délits de corruption et de trafic d'influence. Ces délits sont punis de peines allant jusqu'à 10 ans d'emprisonnement. Or, l'actualité juridique récente prouve que les délits de corruption ou de trafic d'influence sont souvent associés à des délits d'affaires « *stricto sensu* » liés à l'utilisation de documents commerciaux. Désormais, grâce à l'incrimination d'association de malfaiteurs, il devient possible de sanctionner une association visant à la commission de divers délits d'affaires dont celui de corruption, réalisés au moyen de documents commerciaux et au simple stade des actes préparatoires.

Le délit d'association de malfaiteurs pourrait ainsi faciliter la prévention des infractions d'affaires.

Il convient d'autre part de remarquer qu'il existe une infraction formelle qui tend directement à réprimer des malversations comptables. Il s'agit de la présentation ou de la publication de comptes annuels inexacts.

En créant cette incrimination, le législateur a tenté d'endiguer l'interprétation supra- téléologique qui était faite par la jurisprudence de l'incrimination d'escroquerie (répression sous cette qualification de la présentation d'un bilan mensonger). Le législateur a eu semble- t-il pour but de créer une infraction formelle. Ce qui aux yeux de la jurisprudence ne constituait qu'un commencement d'exécution de l'infraction d'escroquerie devenait une infraction achevée, consommée. Le domaine d'application de ce texte a même été si élargi par la jurisprudence qu'il est possible de se demander s'il ne s'agit pas aujourd'hui d'une infraction obstacle (cf. Supra).

Le droit pénal fiscal a également été l'occasion pour le législateur de créer des infractions obstacles.

3) Les infractions obstacles fiscales

Il est possible de constater en droit pénal fiscal « *une singulière accumulation de ce genre d'incriminations préventives que la doctrine*

préfère distinguer sous le nom de délits obstacles parce qu'elles ont pour but d'empêcher la réalisation d'infractions plus graves ».[455]

Ces incriminations sont essentiellement destinées à prévenir la fraude fiscale. On citera par exemple l'omission d'écritures ou la passation d'écritures inexactes ou fictives (Art. 1743-1° C. G. I.), la tenue de comptabilité inexacte par un professionnel (Art. 1772-1-1° C.G.I.), le fait d'opérer sciemment une inscription sous une rubrique inexacte, de dépenses d'une entreprise, pour dissimuler des bénéfices ou revenus imposables au nom de l'entreprise ou d'un tiers (art. 1772-3).

Un tel arsenal législatif peut se comprendre en raison du système fiscal français qui s'appuie essentiellement sur le principe de la déclaration contrôlée. Or, ce système ne peut fonctionner que si les comptabilités, les déclarations ont une valeur probante suffisante. Ces diverses incriminations obstacles incitent les contribuables à donner des renseignements exacts et assurent ainsi le bon fonctionnement de notre système fiscal. Elles permettent de sanctionner des faits qui n'auraient pu s'analyser tout au plus que comme des commencements d'exécution de fraude fiscale. Tout comme M. Klein, il est possible d'approuver cette sévérité, car ce prolongement « *vers l'amont du domaine de la répression pénale est parfaitement adapté à la lutte contre la fraude fiscale... Il facilite ... la tâche des autorités de poursuite en présence d'agissements dont l'expérience démontre qu'ils préludent la plupart du temps à une fraude fiscale* ».[456]

[455] G. Klein, Thèse, La répression de la fraude fiscale, 1975 Nancy, p165 n°183.
[456] Klein, op cit, n° 184.

Il convient de rapprocher les infractions obstacles des infractions de mise en danger[457] créées par le rédacteur du nouveau Code pénal (art. 223-1 à 223-9). Mais il n'existe pas actuellement d'infraction de « *mise en danger économique* »[458] d'une entreprise, bien que certaines décisions de la jurisprudence surtout relatives à l'abus de biens sociaux s'en rapprochent parfois. C'est ce qu'il sera possible de constater à travers l'étude de la disparition de la notion de préjudice en tant qu'élément constitutif de l'infraction en droit pénal des affaires.

Section II: La disparition du préjudice

L'ancien 408 C.P. tout comme le nouvel article 314-1 C.P., relatifs à l'abus de confiance, font référence à la notion de préjudice. Pourtant, l'étude de la jurisprudence concernant l'usage de documents commerciaux tend à prouver que cette notion de préjudice a été progressivement négligée en raison d'une interprétation parfois supra-

[457] Donnedieu de Vabres qualifiait ces infractions de « délits de mise en péril »: Essai sur la notion du préjudice dans la théorie générale du faux documentaire, Paris, Sirey, 1943, p 1220 et 134.
[458] Le droit pénal économique vise davantage à protéger le marché que l'entreprise en tant qu'institution (cf. Supra).

téléologique (§I). Cette interprétation a conduit le législateur à un abandon pur et simple de la notion dans l'incrimination d'abus de biens sociaux. La notion de préjudice a alors été remplacée par celle beaucoup plus vague d'atteinte à l'intérêt de la société (§II).

§ I: Le déclin de la notion de préjudice à travers l'infraction d'abus de confiance

L'étude de la jurisprudence relative à l'abus de confiance permet de penser qu'il existe un véritable déclin de la notion de préjudice A). La doctrine a tenté de justifier ce déclin au moyen d'une nouvelle conception de l'incrimination d'abus de confiance B).

A) L'interprétation supra- téléologique de la notion de préjudice par la jurisprudence

Il est tout d'abord possible de définir le préjudice comme le résultat matériel de l'infraction envisagée du point de vue de la

personne qui le subit.[459] L'étude de la jurisprudence relative à la notion de préjudice permet de dégager une triple évolution: supra- littérale, téléologique- pure, et supra- téléologique.

Tout d'abord, il convient de préciser que la jurisprudence admet depuis longtemps la notion d'éventualité de préjudice en matière d'abus de confiance.[460] Le préjudice, lorsque l'abus de confiance est réalisé au moyen de documents commerciaux peut n'être qu'éventuel. Il s'agit là d'une interprétation supra- littérale de la notion, car autonome vis à vis du droit civil. En effet, en droit civil, le dommage pour qu'il existe doit être certain. Pour quelques auteurs,[461] le droit pénal s'écarte du droit civil de manière inexplicable, car il ne peut y avoir de préjudice que certain. C'est oublier que le droit civil possède essentiellement un rôle indemnitaire visant à réparer le préjudice subi par la victime. Le droit pénal ne poursuit pas les mêmes objectifs. Il s'agit d'un droit répressif qui a pour but l'intérêt de la société dans son ensemble, le rôle indemnitaire du droit pénal est secondaire.

Ensuite, la jurisprudence admet depuis la première moitié du XIX eme siècle que même le repentir actif est inopérant et laisse subsister la responsabilité pénale du délinquant.[462] Il s'agit d'une interprétation téléologique pure de la notion parfaitement admissible et compatible tant avec la protection des documents commerciaux qu'avec la liberté du commerce et de l'industrie.

---

[459] J; Bellamy, Le préjudice dans l'infraction pénale, Thèse Nancy, 1937, p 8.
[460] Crim, 6 av; 1882, B. 98; Paris, 18 juill; 1906, J. soc. 1906, p 417; Crim, 27 oct 1916, B. 225, S. 1918, I, 105; Crim, 18 mars 1936, G. P. 1936, I, 880.
[461] Léauté,Les frontières du droit des contrats et du droit de la propriété en droit pénal spécial, in Etudes juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière P. 245.
[462] Crim, 10 juin 1842, S. 42, I, 853; Crim 27 oct. 1916, S. 1919,I, 105; Crim, 21 nov; 1936 G. P. 37, I, 60.

Enfin, il faut rappeler que l'article 408 A.C.P. précisait que l'abus de confiance consistait en un détournement ou une dissipation d'effets..., au préjudice de propriétaires, possesseurs ou détenteurs. Après quelques hésitations jurisprudentielles,[463] la Chambre criminelle de la Cour de cassation a finalement opté pour une extension du nombre de personnes susceptibles de subir le préjudice. Ainsi, il suffisait, pour constituer le délit, qu'il soit établi que la propriété de la somme détournée reposait sur une tête autre que celle de l'auteur du détournement et que ce dernier a agi avec mauvaise foi.[464] L'interprétation paraissait ici supra- téléologique car elle autorisait une extension du nombre de personnes susceptibles de subir un préjudice au- delà de l'esprit du texte, or « *une interprétation trop large ou une constatation trop souple de cette qualité de propriétaire, possesseur viendrait heurter le principe de la légalité criminelle* ».[465] Cette jurisprudence risquait d'étendre à l'infini le nombre de personnes susceptibles de subir un préjudice ayant son origine dans l'utilisation de documents commerciaux. Cependant, cette extension pouvait s'expliquer par l'imprécision juridique des termes utilisés tels que : « *possesseurs* » *ou* « *détenteurs* ». Aussi, le législateur a t-il dû réagir, afin de mettre un terme à une interprétation supra- téléologique.

[463] Crim, 13 janv; 1866, B. 16; Crim, 13 mars 1908, B. 104.
[464] Crim, 19 fév. 1939, G.P. 39, I, 675; 7 janv. 1944, G.P. 55, 1, 145; 5 fév. 1948, B. 42; 6 déc. 1961, B. 499; 22 juill. 1959, B. 365.
[465] Leinster, Thèse op cit, p 144.

Certains auteurs ont proposé d'accroître cette liste trop restrictive du nombre de victimes potentielles. Il existe en effet certains droits étrangers qui protègent toute personne « *ayant un droit sur la chose* » (Art 321 Code pénal néerlandais). Les travaux de la commission de révision du Code pénal publiés en Juillet 1980 conduisaient, dans le texte relatif à l'abus de confiance, à supprimer toute référence aux notions de préjudice ou de victime dans son article 2311: « *L'abus de confiance consiste dans le fait de détourner une chose quelconque qui lui a été remise à charge de la rendre, de la représenter ou d'en faire un usage déterminé* ». Le rédacteur de la nouvelle incrimination du Code pénal (art. 314-1) a opté pour une voie médiane. Cette incrimination fait encore référence à la notion de préjudice, mais élimine toute liste de victimes éventuelles: « *L'abus de confiance est le fait pour une personne de détourner, au préjudice d'autrui... etc* ».Cette évolution législative répond à une extension jurisprudentielle de la notion de préjudice, elle est sous tendue par une interprétation doctrinale.

B) La justification doctrinale: une nouvelle conception de l'incrimination d'abus de confiance

Comme cela a pu être constaté, l'abus de confiance est considéré de manière traditionnelle comme une infraction contre la propriété, l'utilisation de documents commerciaux pouvant permettre de porter atteinte à cette propriété. Le préjudice est alors un élément essentiel de

l'infraction. Dès lors, comment expliquer le déclin de la notion de préjudice?

L'analyse de l'évolution doctrinale peut apporter certains éléments de réponse.

Dans un premier temps, Von Liszt et d'autres auteurs allemands[466] se sont référés à la notion de « *valeur juridique* ». A propos de chaque incrimination, il convient de s'interroger sur la valeur qui est protégée par le droit pénal: la propriété, la loyauté, la sincérité... Et toute atteinte à cette valeur protégée doit être punie même s'il n'en est résulté aucun préjudice individuel.

Dans un second temps, la doctrine française s'est inspirée de cette analyse; ainsi, le Professeur Donnedieu de Vabres[467] s'est référé à la notion voisine de « *lésion patrimoniale* ». Plus récemment M. Philippot[468] a utilisé l'expression de « *lésion d'un bien juridique* », pour cet auteur, seule la lésion d'un bien juridique justifie l'action publique, le préjudice n'étant plus que la condition de l'action civile. Cependant, dès lors que l'on admet la notion de valeur juridique protégée, quelle est celle ou quelles sont celles qui sont protégées par l'incrimination d'abus de confiance? De prime abord, la valeur protégée par l'abus de confiance est la propriété. Mais alors, comment expliquer que l'on puisse se constituer partie civile sans réclamer de dommages intérêts, ou que le repentir actif soit inefficace?

---

[466] R. Leinster, Thèse op cit, note 68 p.147.
[467] Donnedieu de Vabres, D. 1945, P. 131.
[468] P. Philipot, Les infractions de prévention, Thèse Nancy, 1977, p 41.

C'est pour ces raisons que dans un troisième temps, certains auteurs ont alors considéré que l'abus de confiance était une infraction « pluri- offensive ».[469] Elle protège deux valeurs juridiques distinctes: la propriété et la loyauté contractuelle, on retrouve d'ailleurs ces deux éléments dans l'ensemble des documents commerciaux. Cette analyse est la seule qui puisse permettre d'expliquer de manière convaincante, l'absence fréquente de référence à la notion de préjudice. Certains auteurs[470] ont même soutenu qu'il est possible de considérer l'abus de confiance comme une infraction formelle, car elle est indépendante de la réalisation effective d'un préjudice. Cette conception, bien que séduisante doit être rejetée, parce qu'elle conduirait à considérer la plupart des infractions comme des infractions formelles. En effet, seule une minorité d'incriminations est liée dans notre droit à l'existence d'un préjudice.[471]

Il apparaît donc aujourd'hui probable que l'infraction d'abus de confiance protège deux valeurs juridiques: la propriété et la confiance.

Pourtant, il est possible de se demander si l'incrimination d'abus de confiance ne protège pas une troisième valeur juridique dans le cas où il y a une entreprise: celle d'institution, l'entreprise étant aujourd'hui considérée comme une institution et non comme un contrat (cf supra). Cette nouvelle valeur juridique protégée semble ressortir clairement de la notion d'intérêt de l'entreprise consacrée par l'incrimination d'abus de biens sociaux.

---

[469] Leinster, Thèse op cit, p 151; A. Vitu. Dr. pén. spécial, II, N° 2368.
[470] Donnedieu de vabres, Essai sur la notion de préjudice dans la théorie générale du faux documentaire, op cit, p 28, 112, 133 et 134.
[471] R. Merle et A.Vitu, op cit, 7 eme éd 1997, p 653 n°519.

La consécration législative de cette notion d'intérêt de l'entreprise due en partie au déclin jurisprudentiel de la notion de préjudice dans l'infraction d'abus de confiance a eu d'importantes conséquences en ce qui concerne les documents commerciaux et le principe d'interprétation stricte de la loi pénale.

§ II Le déclin de la notion de préjudice à travers la création de la notion d'intérêt de la société

En créant la notion d'intérêt de la société, le législateur atteste du déclin de la notion de préjudice, parce qu'elle est mal définie A), mais de plus cette notion est interprétée de manière supra- téléologique par la jurisprudence B).

A) Une notion mal définie par le législateur

La notion d'intérêt de la société a pour la première fois été utilisée dans le décret loi du 8 août 1935 relatif aux délits d'abus de biens et du crédit de la société, et d'abus des pouvoirs et des voix. Elle a été reprise en matière de droit des sociétés par les articles L.223-18 C. com. et s. relatifs aux pouvoirs de gérance des dirigeants sociaux. Cette notion d'essence plus commercialiste que pénaliste apparaît floue.

L'examen des travaux préparatoires de l'assemblée nationale relatifs à une éventuelle définition de la notion à l'occasion du projet de réforme du droit des sociétés laisse clairement ressortir la volonté du législateur de ne pas codifier la notion.[472] Pour M. Sousi, « *l'intérêt social est une notion trop fluide pour être codifiée, plutôt que d'associer impérativement les magistrats à la gestion sociale par un texte, mieux vaut se fier à leur réalisme et à leur sens du cas* ».[473]

Cette notion d'intérêt de la société est le reflet législatif de l'extension jurisprudentielle de la notion de préjudice constatée en matière d'abus de confiance. Il s'agit d'un exemple de rédaction imprécise que l'on a déjà pu constater dans d'autres textes comme la loi du 25 février 1948 réprimant la hausse des prix « *lorsque cette majoration n'est pas justifiée par une augmentation correspondante du prix de revient du produit* », ou à propos du droit pénal de la concurrence.

A défaut de précision législative suffisante, la doctrine a tenté de mieux définir la notion. Ainsi, il est possible de considérer que l'acte contraire à l'intérêt de la société est un acte qui est préjudiciable aux intérêts sociaux ou qui fait courir à la société un risque qui n'est pas susceptible d'être compensé par une chance de gain[474] ou qui porte atteinte au patrimoine de la société.[475] Ces définitions peu précises amènent à s'interroger sur la valeur juridique protégée par l'incrimination d'abus de biens sociaux. Il est certain que l'intérêt à

[472] J.O. déb; Ass. Nat. 12 juin 1965, p 2031.
[473] Sousi, L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales, Thèse Lyon, 1974, p 3.
[474] Pinoteau, code des sociétés, p 167 n ° 285, L.G.D.J. 1969; même sens Touffait, Audureau, Robin , Lacoste, p 263, Délits et sanctions dans les sociétés, 2 eme éd. , Sirey 1973.
[475] Sousi, op cit p. 43.

prendre en considération est celui de la société et non celui des actionnaires.[476]

Mais de quelle valeur juridique connue doit-on rapprocher la notion d'intérêt de la société?

Il ne s'agit pas de la foi publique ou de la loyauté, la notion de société contrat étant dépassée par celle de société institution. Or la raison d'être d'une société est, contrairement à celle d'une association à but non lucratif, de faire du profit. Il s'agirait donc de la protection de la propriété. Mais l'intérêt à prendre en compte est celui de la société et non celui des membres qui la compose. Aussi, il serait sans doute plus judicieux d'y voir la protection de la valeur juridique d'ordre public économique,[477] ou plus précisément de la valeur juridique de la société en tant qu'institution, ce que les économistes qualifient d'entreprise ou de firme. Ces interprétations sont cependant apparues trop imprécises pour permettre de canaliser une jurisprudence extensive.

B) L'interprétation supra- téléologique de la notion d'intérêt de la société par la jurisprudence

Le législateur ayant volontairement omis de définir la notion d'intérêt de la société, le principe d'interprétation stricte de la loi pénale paraît difficilement applicable. Il convient donc de se référer à

[476] Verdier, op cit p 209.

[477] C'est la classification adoptée par certains auteurs: A. Vitu classe l'abus de biens sociaux dans la catégorie des atteintes à l'ordre économique (Droit pénal spécial,op cit, p589). Le contenu de la notion de droit pénal économique est d'ailleurs difficile à préciser selon que l'on se place dans une perspective économique libérale ou dirigiste.

l'évolution jurisprudentielle pour préciser les contours de la notion. La notion d'intérêt social ne pose pas de difficultés lorsqu'elle se confond avec celle de patrimoine social. C'est l'hypothèse classique d'un dirigeant majoritaire qui commet des malversations visant à confondre son patrimoine personnel avec les biens de la société,[478] ou à confondre le patrimoine de deux sociétés dont une dans laquelle il possède des intérêts.[479] Ces faits demeurent punissables même si les agissements frauduleux ont été compensés par des acquisitions avantageuses.[480]

La jurisprudence pourtant va plus loin en recourant à la notion de « *risque anormal* ». Ce risque anormal est caractérisé par un risque de perte suffisamment prévisible et non compensé par un avantage solide. Les exemples jurisprudentiels en la matière sont fréquemment liés à la souscription d'effets de complaisance, à l'aval d'effets émis sans contrepartie, ou à la souscription de traites au profit de créanciers personnels des dirigeants.[481] Non seulement comme en matière d'abus de confiance un simple préjudice éventuel peut entraîner la responsabilité pénale, mais de plus une simple prise de risque peut suffire.

Ce risque s'apprécie au moment de l'accomplissement de l'acte et non au jour de ses résultats, peu importe que l'acte ait été en définitive favorable à la société,[482] et peu importe également qu'un quitus ait été donné au dirigeant après coup par le conseil

---

[478] Crim, 5 nov. 1963, D. 1965 . 72; 8 mars 1967, B. 94; D. 1967. 586 note Dalsace; 7 mars 1968, B. 80.
[479] Crim, 24 mars 1969, B. 130.
[480] Crim, 16 déc 1975, B. 279.
[481] Crim, 21 déc. 1954, B. 422; 10 mai 1955, B. 234; 10 nov 1964, B. 291, D. , 1965. 44 J.C.P. 1965 . II. 141 46; 3 mai 1967, B. 148; 16 mars 1970, B. 107.
[482] Trib. corr Seine, 11 mai 1955 , D. 1956. 274, note Ausseterre, J.C.P. 1955. II. 8973 note Bastien; cf également J. Larguier et Ph. Conte, op cit, p 336 et s; M. Delmas - Marty et G. Giudicelli- Delage, Droit pénal des affaires, 4 eme éd. , op cit, p 345 et s.

d'administration ou l'assemblée générale.[483] Mais comme cela à déjà pu être constaté, la notion de risque est plus économique que juridique. Le pouvoir d'appréciation du juge paraît ici très (trop) large car les nécessités du commerce exigent de l'audace, voire parfois des prises de risque car, comme l'écrit Mme Delmas-Marty, «*L'intérêt des sociétés varie de société à société* ».[484] Il sera souvent difficile de déterminer si un déficit comptable est réellement contraire à l'intérêt de la société.

La doctrine a tenté de dégager certains critères comptables plus précis. Mais ils paraissent difficiles à appliquer en pratique. A. Dalsace[485] proposait de distinguer les titres de placement des titres de participation. Les premiers sont ceux « *acquis en vue d'en retirer un revenu direct ou une plus value* ». Il s'agit d'emploi de fonds disponibles, ces actes de gestion confèrent normalement aux organes de gestion tous pouvoirs dans la limite des possibilités de trésorerie. Les seconds sont « *les titres dont la possession durable est estimée utile à l'activité de l'entreprise notamment parce qu'elle permet une certaine influence dans la société émettrice de titres* ». Pour ces derniers, il ne serait pas licite de les utiliser contrairement à l'intérêt social. Cette distinction a le mérite d'être plus nette que celle entre le capital (intangible) et les réserves facultatives (disponibles) difficile en pratique. Cependant elle paraît trop restrictive au pénaliste. Que décider lorsque des titres de placement sont manifestement utilisés contrairement à l'intérêt social? La proposition de Mme Delmas Marty

[483] Crim, 11 juill 1962, G. P. 1963. 1. 438; 5 nov. 1963, B. 307; D. 1964. 52; 8 mars 1967, B. 94; D. 1967. 586 note Dalsace; 19 oct. 1971, B. 272; 19 mars 1979, B. 112; W. Jeandidier, Droit pénal des affaires, 4 eme éd. 2000, n° 266 p 335.
[484] M. Delmas-Marty et G. Giudicelli- Delage, op cit, p 345.
[485] note Dalsace, Dall 1967, juris, p 587.

selon qui « *L'acte contraire à l'intérêt social est l'acte qui expose la société, sans nécessité pour elle à des risques anormaux et graves* », est plus restrictive que celle de la jurisprudence, mais plus compréhensive que celle de M. Dalsace. Elle semble la plus adaptée à une gestion moderne de l'entreprise. Il convient d'ailleurs de remarquer que le droit fiscal admet la notion de risque. Des provisions déductibles peuvent être constituées en vue de faire face à des pertes ou charges nettement précisées et que des événements en cours rendent probables, à condition qu'elles aient été effectivement constatées dans les écritures de l'exercice (Art. 39-1-5°C.G.I). Mais ici également, les critères jurisprudentiels sont relativement flous, la perspective de perte devant se trouver établie par comparaison pour une opération ou un ensemble d'opérations homogènes, entre les coûts à supporter et les recettes escomptées.[486] Et, en dépit d'outils mathématiques de plus en plus complexes, la notion de risque en économie demeure imprécise. Certains mathématiciens ont développé comme John Von Neumann[487] des théories comme la théorie du jeu et celle du minimax[488] qui tendent à démontrer le caractère déterminé et rationnel de l'économie. Il faut cependant se méfier d'une mathématisation excessive de l'économie. Comme le précisait Keynes, l'auteur de « *la théorie générale* », «*Les économies mathématiques permettent aux auteurs d'oublier dans le dédale de symboles vains et prétentieux les complexités et les interdépendances du monde réel* ». La notion de risque s'accorde donc mal avec le principe de légalité criminelle, et l'interprétation stricte d'une norme pénale claire et précise, ce que l'on est en droit d'attendre d'une incrimination

[486] C.E., 28- 06- 1991, n° 77921, Lefebvre fiscal, 1998, n° 920.
[487] Theorie of game and economic behavior, Princeton University press, 1944, 3 eme éd. 1953.
[488] Selon le théorème du minimax, tout jeu à deux personnes et à somme nulle, tel le jeu d'échecs, avec un nombre fini de stratégies pour chaque joueur, a une solution déterminée. Il y a une stratégie rationnelle qui assure à un joueur l'avantage maximal, quelle que soit la stratégie de l'adversaire.

pénale. Le risque d'une interprétation supra- téléologique est alors élevé.

La notion d'intérêt social est encore devenue plus difficile à définir en ce qui concerne le cas des groupes de sociétés. En effet, l'acte contraire à l'intérêt d'une société faisant partie d'un groupe est-il justifié par le fait d'avoir été accompli dans l'intérêt du groupe? Le Tribunal correctionnel de Paris[489] (affaire Willot) a répondu affirmativement, estimant que : « *les éléments juridiques classiques constitutifs du délit d'abus de biens sociaux sont à écarter, les dirigeants du groupe ayant nécessairement des intérêts directs ou indirects dans l'ensemble des sociétés, et leurs intérêts personnels étant souvent difficiles à distinguer de l'intérêt du groupe* ». Par conséquent, la notion d'acte contraire à l'intérêt social serait modifiée au profit de celle d'acte non conforme à la politique d'ensemble du groupe.

Ainsi, dans l'affaire Willot, le fait pour un dirigeant de société d'aliéner massivement et précipitamment une grande partie de son patrimoine immobilier et de consentir des avances à une autre société a été considéré comme conforme à la politique d'ensemble du groupe même si elle a entraîné un sérieux déficit comptable pour la société prêteuse. En revanche, une opération qui avait été mené dans l'intérêt exclusif de la société mère et non de celle du groupe eu pour conséquence la responsabilité pénale de son auteur.

[489] Trib. Corr. Paris, 16 mai 1974, Rev. soc 1975 p 665.

La Chambre criminelle de la Cour de Cassation a reconnu à son tour en 1985 [490] le caractère justificatif du groupe de société à 3 conditions:

Tout d'abord, l'usage, pour ne pas être répréhensible, doit se manifester par un concours financier « *dicté par un intérêt économique, social ou financier* ».

Ensuite, l'acte doit être apprécié au regard d'une politique élaborée par l'ensemble du groupe.

Enfin, le concours financier ne doit ni être démuni de contrepartie ni rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des diverses sociétés concernées, ni excéder les possibilités financières de celle qui supporte les charges.

Par conséquent, Un usage abusif de biens sociaux, malgré les termes de la loi, peut ne pas constituer un abus punissable, dès lors qu'il est réalisé dans l'intérêt du groupe. Il est possible de penser que cette interprétation va bien au delà de ce qu'envisageaient les rédacteurs de l'incrimination d'abus de biens sociaux. Cette interprétation véritablement supra- téléologique due à un texte imprécis est non seulement peu respectueuse du principe de légalité criminelle, mais elle peut de plus aboutir à de graves conséquences sur l'économie nationale. Elle légitime en effet la politique économique des dirigeants de certaines multinationales qui n'hésitent pas à « *sacrifier* » une

[490] Crim, 4 fév. 1985, D 1985. 478.

entreprise implantée ou rachetée en France dans l'intérêt du groupe. Or, on sait combien il est aisé à un opérateur étranger de prendre le contrôle d'une société française cotée en bourse en raison de l'internationalisation des marchés boursiers.[491]

Le caractère vague de la notion d'intérêt social atteste d'un déclin progressif de la notion de résultat et au delà de la matérialité des infractions d'affaires liées à l'usage de documents commerciaux. Ce déclin s'est fait semble- t-il au détriment du principe de légalité criminelle et d'interprétation stricte de la loi pénale. On retrouve malheureusement le même phénomène en ce qui concerne l'élément intentionnel dans les infractions d'affaires.

[491] L'offre publique d'achat (O. P. A.), est le moyen permettant de prendre le contrôle d'une société cotée en bourse, généralement contre l'avis de ses dirigeants. Sur le déroulement de la procédure: cf. M. Cozian et A. Viandier, Droit des sociétés, 4 eme éd., n°1790.

Titre III Le particularisme de l'élément intentionnel de l'infraction et les papiers commerciaux

L'étude des papiers commerciaux permet non seulement de découvrir un certain particularisme de l'élément intentionnel de l'infraction, mais également l'imprécision de cette notion. Rappelons que selon une définition classique, le dol général correspond à une conscience et une volonté infractionnelle, c'est à dire, à « *la volonté de commettre le délit tel qu'il est déterminé par la loi* », ou encore dans « *la conscience chez le coupable d'enfreindre les prohibitions légales* ».[492] Le dol général ne serait exister sans la présomption de connaissance de la loi qui repose sur le principe « *nul n'est censé ignorer la loi* ». Or, en

[492] Garçon, op cit, art I, n° 77; cf également Normand, Traité élémentaire de droit criminel, n° 706; Bertauld Cours de droit pénal; Molinier, Traité de droit pénal, I, p 102, Laborde R.C. L. J. , 1885, P. 261.

matière de protection des papiers commerciaux, ce principe est parfois mis à mal par la jurisprudence (CH I). Cette imprécision jurisprudentielle se retrouve concernant l'élément moral propre à certaines infractions que l'on appelle le dol spécial (CH II). Il s'agit, d'une intention précise, requise par des lois particulières comme élément constitutif de certaines infractions à propos desquelles le législateur incrimine la production d'un résultat déterminé. Pour être répréhensible, l'agent doit avoir eu la volonté d'obtenir ce résultat. Cependant, en pratique, la jurisprudence se révèle parfois trop imprécise concernant la notion de dol spécial en matière de protection des papiers commerciaux. Ces imprécisions concernant les notions de dol général et spécial affectent tout particulièrement le droit pénal des affaires et le principe d'interprétation stricte de la loi pénale.

Chapitre I: Le particularisme du dol général dans les infractions concernant les papiers commerciaux

Le particularisme du dol général de certaines infractions liées à la protection des documents commerciaux apparaît au regard du système de preuve, à bien des égard dérogatoire (SI), au regard de la présomption de connaissance de la loi qui paraît souvent artificielle (SII) et même au niveau de l'arrière plan criminologique de l'infraction qui met en lumière l'importance des mobiles en droit pénal des affaires (SIII).

Ce particularisme est générateur de dérives supra- téléologiques ou même infra- analogiques.

Section I: Le particularisme du système de preuve

Le particularisme du dol général concerne à la fois l'appréciation de la preuve de l'intention (§I), et la création d'une véritable présomption d'intention (§II).

L'appréciation de la preuve de l'élément intentionnel par le juge conduit parfois à une interprétation supra- téléologique.

Plus grave, la découverte par la jurisprudence d'une véritable présomption d'intention conduit à une véritable dérive infra-analogique.

§ I : L'appréciation de la preuve de l'intention : les risques d'interprétation supra- téléologique

L'étude de la jurisprudence permet de se rendre compte qu'il existe un risque de mauvaise appréciation de l'élément intentionnel des infractions d'affaires liées aux papiers commerciaux.

Ce risque apparaît dès lors que l'intention est appréciée a posteriori c'est à dire au vu du résultat de l'infraction A).

Il apparaît également dès lors que l'erreur de fait n'est plus admise comme élément justificatif de l'infraction B).

A) L'appréciation a posteriori de l'intention

L'élément intentionnel d'une infraction doit s'apprécier au moment de la commission de l'infraction. Il s'agit d'un principe traditionnel de la jurisprudence, qui découle des règles de l'application de la loi pénale dans le temps C'est le cas de l'abus de biens sociaux. Par conséquent, ce ne sont pas les résultats de l'exercice comptable final qui doivent être pris en compte pour apprécier la bonne ou la mauvaise foi des dirigeants sociaux, mais l'opération litigieuse elle- même. La jurisprudence a cependant parfois, tenu compte, pour apprécier la mauvaise foi, d'événements postérieurs à la commission de l'acte reproché.

Ainsi, dans l'affaire du Bon Marché,[493] les juges du fond n'hésitèrent pas à utiliser les résultats déficitaires de fin d'exercice de l'entreprise pour démontrer la mauvaise foi des administrateurs. Or, seul le préjudice subi par l'entreprise au moment de la commission de l'abus aurait dû être pris en compte pour établir la mauvaise foi.

En sens inverse, la jurisprudence a parfois estimé qu'une situation prospère prouve la bonne foi des administrateurs.[494]

[493] Paris, 9 fév. 1952, J.C.P. 1952. II. 6970, note Bastian.
[494] Cour de Rennes, 14 mars 1967, J.C.P. 1967. II. 15204, note Derrida.

En faisant du délit d'abus de biens sociaux un délit « *conditionnel* »,[495] et en subordonnant la démonstration de l'intention frauduleuse aux résultats comptables de fin d'exercice de l'entreprise, la jurisprudence dévie de l'esprit des articles L. 242-6-3° et L. 242-6-4° (Anc. art 437-3° et 4° L. 1966) qui malheureusement ne sont pas suffisamment clairs et précis sur ce point. La rédaction du nouvel article 112-1, selon laquelle « *Sont seuls punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis* », permet désormais de lever toute ambiguïté. L'intention frauduleuse doit s'apprécier au moment de la réalisation de l'infraction.

La preuve de l'intention en droit pénal des affaires apparaît donc parfois comme peu conforme au principe d'interprétation stricte de la loi pénale. Le caractère non justificatif de l'erreur de fait, dès lors que l'on est en présence d'affaires liées à l'usage de papiers commerciaux, témoigne également du risque d'interprétation supra-téléologique.

B) Le caractère non justificatif de l'erreur de fait en jurisprudence

En principe, l'erreur de fait est justificative, l'agent ne se représente pas correctement son acte, ou il en ignore certains aspects. La mauvaise foi cependant demeure, dans l'hypothèse d'une infraction impossible (cf Titre II) ou lorsque l'agent s'est trompé sur l'objet du

[495] Sousi, mém. , op cit, p. 108.

délit. Mais qu'en est- il lorsque cette erreur de fait est le fruit d'une faute antérieure de l'agent? L'hypothèse est fréquente en droit pénal des affaires. En effet, au moins en ce qui concerne les grandes et les moyennes entreprises, la comptabilité est effectuée par des spécialistes et non par les dirigeants sociaux eux- mêmes. Dès lors, en cas de malversations comptables, faut- il refuser aux dirigeants le bénéfice de l'erreur de fait parce qu'ils ont commis une négligence dans la surveillance de leurs salariés.

La jurisprudence belge et certains auteurs français[496] estiment que la responsabilité de l'agent doit être retenue dès lors que l'erreur de fait est due à une négligence. L'agent a été négligent au regard du critère objectif de l'homme normalement prudent.

Cette position paraît contestable. Le principe de légalité criminelle s'oppose à ce que l'on puisse assimiler une négligence à une action positive. La jurisprudence française, en règle générale, respecte ce principe. Pourtant, certains arrêts, liés à l'usage de papiers commerciaux semblent s'en écarter. Dans un arrêt du 16 janv. 1964,[497] relatif à un abus de bien sociaux, la Chambre criminelle n'a pas hésité à rejeter le pourvoi d'un dirigeant de droit invoquant la dissimulation comptable de diverses illégalités, commises à son égard par l'animateur de fait de la société, au motif qu'un gérant de société dispose de pouvoirs, qu'il tient de la loi et du pacte social, pour s'opposer aux entreprises de l'animateur de fait. Dans cet arrêt, la connaissance par le

[496] Legros, L'élément moral dans les infractions, Liège, 1952 n° 72, p. 65.

[497] Crim, 16 janv. 1964, D. 1964, 194; J.C.P. 64, éd. G, II, 13612, note J.R.

gérant de droit des activités du gérant de fait n'est pas exigée. L'erreur de fait, une représentation fausse de la réalité n'est plus ici justificative.

Cet arrêt s'inscrit dans le courant jurisprudentiel des interprétations supra- téléologiques. Certes, la notion d'erreur de fait est une notion jurisprudentielle et doctrinale qui n'a pas été précisée par le législateur. Mais cette interprétation va à l'encontre de l'esprit des textes relatifs aux abus de biens sociaux. Rien ne ressort de ces textes qui permettent de rejeter l'erreur de fait. Il faut cependant convenir que la création jurisprudentielle d'une véritable présomption d'intention, concernant toujours les délits d'abus de biens sociaux, va encore plus loin dans le non respect du principe d'interprétation stricte des textes pénaux.

§ II: La création d'une présomption d'intention : les risques d'interprétation infra- analogique

La preuve de l'intention frauduleuse doit en principe être prouvée en droit pénal A).

Pourtant cette conception traditionnelle du dol général est de plus en plus remise en cause par certaines interprétations infra-analogiques de la jurisprudence en ce qui concerne la protection des documents commerciaux. Ainsi, on assiste à la création d'une véritable présomption irréfragable d'intention dans certains arrêts B).

Ce phénomène a poussé le législateur à faire disparaître les délits matériels C).

A) La conception traditionnelle du dol général : une intention prouvée

Dans la conception traditionnelle du dol général, il convient d'établir qu'il existe une concordance entre les faits compris par l'agent et les faits décrits par la loi. Selon la doctrine classique,[498] l'agent doit avoir eu la volonté de commettre le délit tel qu'il est déterminé par la loi, il doit avoir eu conscience qu'il réalisait certains faits et que ces faits sont décrits par la loi. L'agent doit s'être représenté concrètement ce que la loi prohibe de manière abstraite. La doctrine allemande utilisait, pour décrire le dol général la notion de « *Tatbildsmerkmale* »[499] ou « *image de fait* » selon laquelle il y a identité entre l'image légale et l'image psychologique du délit.

En droit pénal des affaires, il existe de nombreuses incriminations liées à la protection des documents commerciaux qui comportent des termes rappelant cette conception du dol général: comme « *sciemment* », « *volontairement* », « *avec connaissance* », « *en sachant* », « en vue de ». Ainsi, selon l'article L. 242-6-2° C. com : « *est puni... le fait pour :le président, l'administrateur ou les directeurs généraux d'une société anonyme... de publier ou présenter aux actionnaires* <u>*en vue de*</u> *dissimuler la situation véritable de la société, des comptes annuels ne donnant pas pour chaque exercice, une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice...* ». De même, selon l'article 321-1 du Code pénal actuel, « *Le recel est le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose...* <u>*en sachant*</u> *que cette chose provient d'un crime ou d'un délit* ». L'article 1741 du Code général des Impôts traite

[498] Normand, Traité élémentaire de droit criminel, n°716; Vidal et Magnol, op cit, I, n°123 et s.
[499] Beling, Lehre vom Tatbestand, 1930.

également de dissimulation volontaire. Il convient d'ailleurs de remarquer que l'article 121-3 du Code pénal actuel rend désormais inutile l'emploi de tels mots pour désigner l'intention en droit pénal des affaires. En effet, selon cet article, « *Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre. Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas d'imprudence, de négligence, ou de mise en danger délibérée de la personne d'autrui* ». Cela signifie d'une part la disparition des délits matériels qui ne nécessitaient pas l'établissement d'un élément intentionnel comme une composante de l'infraction, et d'autre part l'existence de délits de négligences précisément décrits par la loi.

Cependant, cette doctrine classique, précédemment exposée, et liée à l'existence du dol général a fait l'objet de critiques. En effet pour certains auteurs,[500] la notion de dol général est inutile. Pour eux, le dol général n'est autre que l'absence d'une cause de non culpabilité (démence, contrainte, erreur de fait). Or cette absence de cause de non culpabilité serait présumée par la loi. Dans cette conception, l'absence de dol général serait un moyen de défense dont la preuve serait à la charge de l'individu poursuivi. Certes, le code pénal napoléonien de 1810 dans sa partie générale faisait seulement allusion à l'intention en ce qui concerne les causes de non- culpabilité.

Mais une telle conception, en faisant peser sur le défenseur une véritable présomption d'intention, a pu conduire à certains excès en matière de protection des documents commerciaux.

---

[500] Villey, De l'intention , de l'ignorence et de la bonne foi en matière pénale, France judiciaire, 1876, p 1; notes au S, 1885. 2. 121, 1891. 1. 361; Bertauld, Cours de Code pénal, (1854), p. 325.
Degois, Tr. él. dr. crim., 2ème éd. 1922, p. 160; Lebret, Essai sur l'intention criminelle, R.S.C., 1938, p. 438; Pageaud, La notion d'intention en droit pénal, J.C.P., 1950. 1. 876, n° 7; Legros, L'élément moral des infractions, n° 152 et s., 171 et s., 271 et s.; Wagner, La notion d'intention pénale dans la doctrine classique et la jurisprudence contemporaine, th. dac. , Clermont- Ferrand, 1976.

B) L'interprétation infra- analogique du dol général: l'assimilation du délit d'abus de biens sociaux à un délit matériel

Cette présomption d'intention ressort de l'analyse de la jurisprudence. Elle facilite considérablement le travail des magistrats. La mauvaise foi résulte alors de toutes les circonstances objectives qui permettent de démontrer la conscience du caractère abusif de l'acte. Ainsi, en matière d'abus de biens sociaux, l'absence ou l'irrégularité des comptes, l'anonymat d'un compte consenti personnellement à l'administrateur, le grattage de livres de comptes, l'importance des prélèvements opérés, permettent de présumer le dol général. En matière d'abus de confiance, les solutions apparaissent identiques. La constatation expresse de la mauvaise foi par le juge n'est pas nécessaire.

Ces présomptions jurisprudentielles s'expliquent lorsque les faits parlent d'eux- mêmes. L'interprétation jurisprudentielle est alors conforme à l'esprit des textes, elle est téléologique pure car la présomption n'apparaît pas comme irréfragable. Elle découle naturellement de l'analyse des documents comptables.

Ainsi, l'importance des sommes prélevées sur la caisse sociale peut permettre de déduire la mauvaise foi des dirigeants

sociaux.[501] La Chambre criminelle de la Cour de Cassation exige d'ailleurs, pour que son contrôle soit effectif, que la mauvaise foi puisse se déduire sans équivoque des constatations des juges du fond.[502] Et elle censure la décision soumise à son contrôle, dès lors que les constatations des juges du fond n'établissent pas suffisamment l'intention délictueuse. L'interprétation de la Chambre criminelle est ici tout à fait respectueuse de l'esprit des textes relatifs aux abus des dirigeants sociaux. Il ne s'agit pas de sanctionner une mauvaise gestion du fait de la négligence, ou de l'incompétence des dirigeants sociaux, mais du fait de leur mauvaise foi. Le législateur, en créant les incriminations d'abus de confiance et d'abus de biens sociaux n'a jamais eu pour but de créer des délits matériels. Comme le souligne justement M. Leinster, « *une telle conception de l'article 437 al 3 et 4 a été écartée par crainte de couper court à tout dynamisme commercial et esprit d'initiative. Or, présumer systématiquement la mauvaise foi revient à faire de ces délits des infractions purement matérielles, ce que n'a pas souhaité le législateur* ».[503]

Cependant, la Cour de cassation s'est parfois livrée à une telle interprétation condamnable. En effet, l'assimilation du délit d'abus de biens sociaux à un délit matériel constitue une interprétation infra- analogique qui confine à l'analogie légale en présumant de manière quasi irréfragable l'intention frauduleuse. La jurisprudence s'écarte d'un texte dont le sens, concernant l'élément intentionnel, est clair et précis. Rappelons que les articles L 242-6-3° et 4° mentionnent

[501] Crim, 23 déc. 1960, B. 1063.
[502] Crim, 4 déc. 1956, B. 799.
[503] R. Leinster, op cit, p 483.

expressément la « *mauvaise foi* », ces textes reflètent donc expressément la volonté du législateur. Un arrêt du 16 janvier 1964 a ainsi admis que le seul fait de confondre le patrimoine et l'administration de deux sociétés et la présence de déficits comptables étaient constitutifs du délit d'abus de biens sociaux.[504] Cette solution a été reprise dans un arrêt du 16 mars 1970.[505] Cette jurisprudence entraîne un renversement de la charge de la preuve. Non seulement c'est aux dirigeants sociaux qu'il incombe d'établir leur bonne foi, mais de plus cette preuve est pratiquement impossible à rapporter au regard des documents comptables, les pertes subies par la société établissant la mauvaise foi aux yeux des juges. Cette preuve peut être qualifiée de diabolique puisque pour prouver son innocence, le dirigeant devrait manipuler ses comptes afin d'obtenir un résultat positif, mais il commettrait alors une infraction pénale. Or, en principe, c'est au ministère public qu'il échoit de rapporter tous les éléments constitutifs du délit.

Cette dérive jurisprudentielle n'a heureusement pas perduré. Un arrêt de la cour d'appel de Lyon du 14 décembre 1972 avait condamné des dirigeants de sociétés pour abus de biens sociaux au motif qu'ils n'avaient pas, par négligence et défaut de surveillance, utilisé les pouvoirs qu'ils tenaient du pacte social, et ainsi permis aux gérants de fait de ces sociétés de payer à des tiers des fausses factures qui ne correspondaient à aucune livraison de marchandises afin de se procurer des liquidités. La Cour de cassation[506] a censuré cet arrêt. En effet, pour être punissables il aurait fallu prouver, à l'aide de ces fausses factures et de la comptabilité commerciale, que les dirigeants sociaux

[504] Crim, 16 janv. 1964, D. 1964, I, 194, note J.M.
[505] J.C.P. , II, 16831, note Bouloc.
[506] Crim,19 déc. 1973, B. 480; Rev. soc. 1974, P. 363; R.S.C. 1974, P. 376, obs. Bouzat.

connaissaient les détournements des gérants de fait et s'étaient abstenus de les empêcher.

L'intention frauduleuse, même si elle peut être déduite des circonstances de fait, doit tout de même être établie de manière certaine et non présumée de manière irréfragable. Ce revirement jurisprudentiel atteste clairement du fait que les incriminations relatives aux abus des biens sociaux ne relèvent pas de la catégorie des délits matériels d'ailleurs aujourd'hui disparus (cf. Infra).

C) La réaction législative: la disparition des délits matériels

Il existait une jurisprudence classique selon laquelle il n'est pas nécessaire d'apporter la preuve de l'élément intentionnel de certains délits. Il s'agissait des délits matériels. Ces délits matériels étaient très répandus en droit pénal des affaires. Seule la preuve d'une maladie mentale ayant aboli le discernement ou d'une contrainte pouvait permettre au prévenu d'échapper à la sanction pénale.

Désormais, l'article 121- 3 du Code pénal actuel est clair: « *Il n'y a point de crime ou de délits sans intention de le commettre. Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas d'imprudence, de négligence ou de mise en danger délibérée de la personne d'autrui* ». Une disposition générale du code exige maintenant pour la réalisation de tout délit une intention, une imprudence ou une mise en danger délibérée. Il importe donc peu que les textes d'incrimination n'usent plus des mots « *volontairement* », « *intentionnellement* », « *à dessein* ». En revanche, concernant les dispositions extérieures au code pénal et particulièrement celles relatives au droit pénal des sociétés, la doctrine s'est interrogée sur le point de savoir si ces délits restaient matériels dans la mesure où des textes spéciaux peuvent déroger à des textes généraux.[507] Cependant cet argument pouvait être rejeté dans la mesure ou l'article 121- 3 était un texte postérieur aux textes spéciaux. De plus, la Cour européenne de Strasbourg avait mis en garde la France contre les présomptions de fait ou de droit, en affirmant que même si « *tout système juridique connaît des présomptions de fait ou de droit et que la convention n'y met pas obstacle par principe, elle oblige cependant les Etats contractants à ne pas dépasser des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense* ».[508]

[507] E. Desportes et F. Le Gunehec, op cit, n° 25.
[508] CEDH 7 oct 1988, arrêt Salabiaku.

Le doute ne semble plus permis depuis l'entrée en vigueur de la loi d'adaptation du 16 décembre 1992. En effet, selon l'article 339 de cette loi, « *Tous les délits non intentionnels réprimés par des textes antérieurs à l'entrée en vigueur de la présente loi demeurent constitués en cas d'imprudence, de négligence ou de mise en danger délibérée de la personne d'autrui, même lorsque la loi ne le prévoit pas expressément* ». Désormais, l'élément psychologique de tout délit doit être établi. Il faut donc, au minimum, prouver une faute d'imprudence ou de négligence, peut- être même, dans certains cas, exigera- t- on la preuve d'une intention. De toute façon, la poursuite ne peut triompher que si l'on établit l'exigence d'une certaine psychologie de l'agent.

De nombreux délits comptables matériels devraient désormais être atteints par la réforme comme:

- le délit d'omission d'établissement de documents comptables, (Art L.242-8 et L. 241-4 C. com).

- le défaut de présentation des comptes annuels à l'assemblée et le défaut de convocation, (Art L. 242-10).

- l'omission d'informer les actionnaires sur les comptes consolidés, (Art L. 247-1 C. com).

- l'omission de communiquer les documents financiers au comité d'entreprise (art L 432-4 Code du travail).

Pour que ces infractions soient établies, en principe, il faudra désormais constater une négligence. Le ministère public devra non seulement établir la matérialité des faits, mais encore l'imprudence ou la négligence de leur auteur ou encore sa volonté délibérée de prendre certains risques. Cependant, il est délicat de dégager une tendance générale à partir de la jurisprudence qui s'est développée depuis 1994. Deux courants peuvent être distingués. Selon le premier, les anciens délits matériels sont désormais caractérisés par la violation en connaissance de cause d'une prescription légale, ce qui a été le cas pour la vente sans factures.[509] Ces délits sont donc assimilés à des délits intentionnels. Le second courant range purement et simplement parmi les infractions d'imprudence les anciens délits matériels, comme les délits en matière de contributions directes[510] ou indirectes.[511] L'assimilation à des infractions d'imprudence est plus rationnelle: quand une infraction de ce type est commise, sauf force majeure, l'origine ne peut guère être que dans une imprudence. Si la vigilance avait été suffisante, l'infraction n'aurait pas eu lieu.

Cette position est partagée par la plupart des auteurs[512] avec des nuances. Pour P. Conte et P. Maistal du Chambon, [513] la faute d'imprudence peut être présumée: « Au regard de la preuve, il est naturel , que la jurisprudence, à laquelle on le reproche pourtant, présume, au constat du résultat , l'existence de la faute d'imprudence ». Pour G. Stéfani, G. Levasseur et B. Bouloc,[514] cette faute d'imprudence

[509] Crim, 25 mai 1994, Dr pénal 1994. 237, obs. Robert; Rev. sc. crim. 1995 - 97, obs. Bouloc.
[510] Crim, 28 nov. 1994, B. 380.
[511] Crim, 7 nov. 1994, Dr. pénal 1995. 41, obs. Robert.
[512] Sur les délits matériels, voir: M.L Rassat, Droit pénal général, 2 eme éd. , 1999, n° 257 et s.; G. Roujou de Boubé, B. Bouloc, J. Francillon et Y Mayaud, Code pénal commenté, 1996, p. 26 et 27; J. Pradel, Droit pénal général, 10 eme éd. 1995, n° 482.; M. Véron , Droit pénal des affaires, 3eme éd. , 1999, P. 4 - 5.
[513] P. Conte et P. Maistal du Chambon, Droit pénal général, 5 eme éd. 2000, n° 387et s.
[514] G. Stéfani, G. Levasseur et B. Bouloc, Dr. pénal général, 16 eme éd. 1996, n°254.

doit être établie: « *Cette disposition impose donc la constatation d'une faute pour les délits non intentionnels régis par les lois spéciales* ».

Au total, même si cette évolution législative doit être approuvée car elle va dans le sens d'un renforcement du principe de légalité criminelle et d'un plus grand respect de la présomption d'innocence, en pratique pourtant, cela ne devrait pas « *changer grand chose*[515] », car ces délits sont des délits professionnels pour lesquels la preuve de l'élément psychologique est aisée à rapporter.

Il paraît de plus opportun de s'interroger sur l'utilité du maintien de ces anciens délits matériels dans le champ du droit pénal: « *l'inflation pénale entraîne une dévaluation de l'effet dissuasif de la sanction* ». [516] Il aurait peut- être été judicieux de dépénaliser ces comportements en les soumettant aux seules sanctions non répressives du droit commercial (nullité des actes, non opposabilité, responsabilité civile...) .

La disparition législative des délits matériels ne semble pas pouvoir suffire à enrayer le déclin de l'élément intentionnel de certaines infractions liées à la protection des documents commerciaux. Ce déclin se traduit fréquemment en jurisprudence (cf. supra) soit par ne présomption d'intention, soit par l'assimilation d'une négligence à une volonté positive.

[515] J. Pradel, « Le nouveau code pénal », Dall 1994, p 101 ; B. Bouloc, R S C 1995, p 465.
[516] A. Vitu, « Regards sur le droit pénal des sociétés » op cit, p 258.

Il existe un autre particularisme contestable particulièrement net en droit pénal des affaires, il s'agit de la présomption de connaissance de la loi qui à bien des égards peut apparaître comme artificielle; c'est ce qui a poussé le législateur à admettre partiellement l'erreur de droit dans le nouveau Code pénal.

Section II: Le caractère fictif de la présomption de connaissance de la loi

La présomption de connaissance de la loi est le socle sur lequel repose l'ensemble de notre système pénal (§I). Mais en droit pénal des affaires lié aux papiers commerciaux, on s'aperçoit que ce socle vacille (§II). Le législateur en a tenu compte dans la rédaction du nouveau Code pénal.

§I: La présomption de connaissance de la loi

L'ancien droit réprimait les infractions au droit divin, au droit naturel et au droit des gens dont les préceptes « *sont censés gravés dans le cœur de tous les hommes* »[517] comme le meurtre, le vol, l'adultère. Dans ces hypothèses, l'ignorance de la loi n'avait aucun caractère justificatif. En revanche, en dehors de ces hypothèses, l'ancien droit admettait que certaines personnes avaient plus de difficultés à s'instruire que d'autres comme les étrangers ou les « *rustiques* ». Les étrangers, c'était surtout les voyageurs. L'immunité cependant était temporaire et disparaissait après un certain temps de séjour (généralement plusieurs semaines).[518]

Les rustiques étaient les individus qui devaient leur ignorance à leur condition, ceux que les jurisconsultes romains qualifiaient de « *rusticitas* ». Ainsi, selon Muyart de Vouglans, l'ignorance du droit positif pouvait servir « ... *d'excuse à certaines personnes que leur état ne met point absolument à portée de connaître les lois, quoique d'ailleurs légalement publiées. De ce nombre, sont les personnes rustiques* ».[519] Si au cours d'un interrogatoire, le rusticus apparaissait avisé (rusticus sagax),[520] ou si on pouvait lui imputer une négligence à s'instruire, l'excuse de rusticité ne pouvait être retenue.

---

[517] Muyart de Vouglans, Lois criminelles, p. 34.
[518] Boullenois, Traité de la personnalité et de la réalité des lois, coutumes ou statuts, 1766, tome I, p. 159.
[519] Muyart de Vouglans, Lois criminelles, p. 34.
[520] Tiraqueau, De poenis temperandis, cause 13, n° 17.

Le droit positif contemporain adopte au contraire le principe d'une présomption irréfragable de connaissance de la loi. En principe, l'erreur de droit n'est pas justificative quel que soit le niveau intellectuel ou culturel de la personne poursuivie. L'adage selon lequel « *nul n'est censé ignoré la loi* », et qui n'est d'ailleurs pas propre au droit pénal, est strictement appliqué par la jurisprudence française.[521] Cette solution s'impose dans un Etat de droit. Cependant, la solution est critiquable en droit pénal des affaires et en ce qui concerne les incriminations liées à la protection des documents commerciaux. En effet, la législation relative au droit pénal des affaires n'incrimine pas des infractions à la loi naturelle (défense de tuer, de voler etc.) dont le caractère répréhensible est perceptible par chacun par les seules indications de sa conscience. Il s'agit d'un droit technique, dont bien peu de juristes (pour ne pas dire aucun) peuvent se targuer d'en connaître tous les méandres. Peut-on exiger du dirigeant d'entreprise qu'il épluche chaque jour le journal officiel, qu'il lise avec attention le livre des procédures fiscales? Cette présomption irréfragable de connaissance de la loi paraît artificielle et fictive surtout en droit pénal des affaires, et décalée de la réalité économique et sociale. Cette présomption a donc subi des attaques du côté des écoles de défense sociale,[522] mais également de la doctrine classique.[523]

---

[521] Crim, 7 fév. 1979, B. 257; Crim, 26 av. 1983, J.C.P., 1983, Tabl. juris. , p. 205; Crim., 22 fév. 1979, B. , 230.
[522] Ancel, La défense social nouvelle, p. 125.
[523] Légal, L'évolution de la jurrisprudence française en mattière d'erreur de droit, R.P.S., 1960, p. 310 et s.; Françon, L'erreur en droit pénal, in Etudes sur l'autonomie du droit pénal dirigées par G. Stéfani, p. 243, n° 20. ; Kutchinsky, Aspects sociologiques de la déviance et de la criminalité, Rapport à la IX eme conférence des directeurs d'instituts de recherches criminologiques, Publ; Conseil de l'Europe, 1972, P. 15 et s.

Il apparaît donc nécessaire de s'interroger sur les fondements du principe selon lequel nul n'est censé ignorer la loi.

La règle « *nul n'est censé ignorer la loi* »[524] est nécessaire au bon fonctionnement de l'ordre juridique. Cependant en droit pénal, ce principe équivaut à une présomption de culpabilité génératrice de sanctions répressives. Cette présomption ne trouve pas uniquement sa raison d'être dans les nécessités de la discipline sociale. Elle est en réalité la contrepartie du principe de légalité criminelle selon lequel « *nullum crimen sine lege* ». Dans ce qu'il est possible d'appeler un contrat social, le législateur garantit le citoyen contre les risques d'arbitraire en imposant le principe de légalité, et en échange, le citoyen est tenu de s'informer de l'évolution législative.[525] Aussi, l'erreur de droit relèverait- elle d'une véritable négligence. Et cette négligence exclurait la bonne foi. Vraie pour l'ensemble du droit pénal, cette conclusion n'est cependant pas réaliste en droit pénal des affaires, pour ce qui concerne la protection des documents commerciaux. Ainsi qu'il a été souligné dans les pages précédentes, la jurisprudence a parfois tendance, en ce domaine, à procéder à une interprétation supra-téléologique ou même infra- analogique des textes. De son côté, le législateur a fréquemment créé des incriminations aux libellés peu précis (cf l'abus de biens sociaux), ce qui renforce le risque d'interprétation supra- téléologique.

[524] Stéfani (G), Levasseur (G) et Bouloc (B), Dr. pénal général, 17 ème éd. p 230 n° 257.
[525] R. Merle et A. Vitu, Traité Droit pénal général, 1997, op cit, n°583.

On peut donc légitimement s'interroger sur le point de savoir si le contrat social qui doit lier le législateur et le citoyen est strictement respecté par le législateur. Il est possible de penser qu'en droit pénal des affaires, l'erreur de droit devrait pouvoir être invoquée dès lors que l'on est en présence d'une interprétation supra- téléologique ou infra- analogique de la jurisprudence. La rigueur du principe « *nul n'est censé ignorer la loi* » est telle dans la jurisprudence française, que le caractère fictif de cette présomption est apparu tant aux yeux de la doctrine que de celui du législateur. Ce dernier a donc admis (de manière très restreinte il est vrai) l'erreur de droit dans le nouveau Code pénal.

§II: Le caractère fictif de la présomption

Le caractère fictif de la présomption de connaissance de la loi apparaît dans divers controverses doctrinales A), mais également dans la prise en compte de l'erreur de droit par le législateur B).

A) Les controverses doctrinales

Le législateur avait admis de manière très étroite que l'on puisse invoquer une méconnaissance de la loi lorsque l'infraction avait été commise dans un délai de trois jours francs à compter de la publication du texte qui l'incrimine (D. 5 nov. 1870, art 4). Mais cette limitation extrêmement étroite de l'erreur de droit ne permettait pas de tenir compte des spécificités du droit pénal des affaires, de là l'effort fait en doctrine, (à travers des systèmes inspirés de points de vue tantôt objectifs, tantôt subjectifs), pour mieux assurer la protection des documents commerciaux. la doctrine a proposé des systèmes permettant de mieux tenir compte de l'erreur de droit. La protection des documents commerciaux semble exiger que l'on s'intéresse à ces analyses, la rigueur du principe selon lequel nul n'est censé ignorer la loi ne paraissant pas répondre aux spécificités du droit pénal des affaires. Deux systèmes peuvent être distingués: la méthode objective et la méthode subjective.

Certains auteurs utilisant des critères objectifs, dont les positivistes, généralisaient la distinction de l'ancien droit entre la loi naturelle ou positive (qui relève de la distinction du bien et du mal et que personne ne peut ignorer) et les lois artificielles (qui nécessitent des connaissances techniques). Ces dernières permettraient d'invoquer aisément l'erreur de droit. Il convient de remarquer qu'une telle théorie priverait d'une grande partie de sa force obligatoire le droit pénal des affaires composé pour une bonne part de dispositions artificielles non naturelles, car il s'agit d'un droit particulièrement technique. Cela

reviendrait en pratique à priver de toute protection pénale les documents commerciaux.

D'autres tenants de la thèse objective ont proposé de distinguer l'erreur de droit pénal et l'erreur de droit extra- pénale. L'erreur de droit concernant une disposition extra- pénale seule pourrait avoir un caractère exonérateur. Ainsi, L'erreur portant sur la nature d'un contrat civil aurait pu être invoquée en matière d'abus de confiance. Cette distinction existe dans certains droits étrangers comme l'article 5 et 47 du Code pénal italien. Les juridictions françaises du fond l'ont cependant rarement utilisé. La Chambre criminelle de la Cour de cassation s'oppose de toute façon à recourir à cette thèse de manière généralisée. Ainsi, un commerçant a été condamné pour vente sans facture alors qu'il invoquait pour sa défense le fait qu'il n'avait pas compris qu'une vente sous condition résolutoire était parfaite dès sa conclusion.[526] La solution paraît logique. Il a déjà pu être constaté que la jurisprudence pénale a depuis longtemps abandonné l'interprétation littérale pure. Les interprétations de notions extra pénales par les juridictions pénales sont parfaitement autonomes par rapport aux autres branches du droit. Il en va ainsi de la notion de titre en matière de faux en écritures, ou de celle de contrat en ce qui concerne l'abus de confiance (Cf. Titre I, Ch. I). Certains partisans de cette thèse affirment que l'erreur sur les dispositions extra pénales constituerait en réalité une erreur de fait exonératrice. Mais, ce serait nier l'autonomie du droit pénal. Les dispositions extra pénales sont incorporées dans les lois criminelles,[527] elles forment un tout, et l'interprétation de ces

[526] Crim, 2 fév. 1971, J.C.P., 1971. II. 16793.
[527] Légal, L'évolution de la jurisprudence française en matière d'erreur de droit, R.P.S., 1960, p.314; Françon, L'erreur en droit pénal, in Etudes sur l'autonomie du droit pénal dirigées par G. Stéfani, n°27.

dispositions extra pénales relève exclusivement de la compétence du juge pénal.

D'autres auteurs s'étaient même prononcés en faveur de l'extension généralisée de l'erreur de droit à tous les délits intentionnels; mais, pour éviter une trop facile impunité des délits économiques, le domaine de l'erreur de droit aurait été limité par une extension corrélative des délits non intentionnels.[528] Cependant une telle conception risquerait de priver le droit pénal des affaires lié à la protection des documents commerciaux d'une grande partie de son efficacité. Utilisé de manière systématique, ce moyen de défense nuirait à l'efficacité de la justice en ralentissant les procédures et en favorisant les manœuvres dilatoires. La jurisprudence, pour limiter le domaine d'application de l'erreur de droit, serait alors tentée de recourir au critère subjectif qui est susceptible de nombreuses critiques.

Selon la thèse subjective, il faut tenir compte de la personnalité du délinquant de ses aptitudes personnelles pour apprécier la portée de l'adage « *nul n'est censé ignorer la loi* ». L'ancien droit, on l'a vue ci- dessus, faisait parfois référence aux particularismes de certains délinquants, comme le fait d'être étranger ou la rusticité. Mais une application à géométrie variable de la présomption de connaissance de la loi est peu conforme au principe de légalité criminelle, elle peut conduire à un certain arbitraire. Le législateur, conscient du caractère fictif de cette présomption, mais en même temps nécessaire au bon fonctionnement de la justice et à l'égalité de tous devant la loi a

[528] Doucet, Une discussion sur l'erreur de droit, R.S.C., 1962, P. 497; en ce sens S. Plawski, l'erreur de droit, R.S.C. 1962. 445 et S.; et M. Ancel, opinion exprimée lors du débat qui avait suivi l'exposé du professeur Plawski et rapportée par J.P. Doucet, Une discussion sur l'erreur de droit, R.S.C. 1962. 497 et s. (spéc. p. 502-503).

procédé dans le nouveau code pénal à une prise en compte limitée de l'erreur de droit.

B) La prise en compte de l'erreur de droit par le législateur

Avant même l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, la doctrine avait envisagé depuis longtemps l'hypothèse de l'erreur invincible. Il ne s'agissait pas de force majeure stricto sensu, l'impossibilité de connaître ou d'observer la loi n'était pas absolue. Mais dans l'hypothèse de l'erreur invincible, « *le degré de diligence normalement requis dans les relations humaines ne permettait pas d'éviter l'erreur* ».[529] Aucune faute ne pouvait donc être reprochée à l'agent.

La Chambre criminelle de la Cour de cassation, d'abord réticente, avait peu à peu paru consacrer la théorie de l'erreur invincible en matière de droit pénal du travail.[530]

[529] M. Légal, L'évolution de la jurisprudence française en matière d'erreur de droit, R.P.S., 1960, p. 318.
[530] Crim, 26 janv. 1956, B., 107, obs. Légal, R.S.C. 1957, P. 369; Crim. 8 nov. 1951, B., 288.

Mais, dans un arrêt de 1961,[531] elle avait de nouveau fait usage de sa rigueur primitive. Il fallait le regretter car la reconnaissance par la Cour de cassation de l'erreur de droit invincible aurait correspondu à une interprétation téléologique pure du principe selon lequel « *nul n'est censé ignorer la loi* ». Une telle interprétation aurait permis de remédier à la rigueur du principe en ce qui concerne la protection des documents commerciaux en droit pénal des affaires. Rappelons que déjà à l'époque, en droit pénal des sociétés, les dispositions législatives ou réglementaires étaient pléthoriques et parfois contradictoires en raison de l'apparition du droit européen. Un assouplissement du principe en droit pénal des douanes et en droit pénal fiscal a tout de même pu être constaté.

En droit pénal des douanes, le législateur a ainsi reconnu le caractère exonératoire de l'erreur de droit invincible en matière d'importation sans déclaration de marchandises prohibées dans l'article 399- 3 du Code des douanes.

En droit pénal fiscal, la jurisprudence a tout d'abord adopté une position sévère. Ni la faute, ni l'erreur, ni même la complaisance de l'administration ne pouvaient constituer une cause d'exonération de la responsabilité encourue par le contrevenant.[532] Ainsi, la tenue d'une comptabilité erronée, l'envoi de déclarations inexactes dues à de mauvais renseignements de la part de l'administration laissaient subsister la responsabilité du contribuable. La position du Conseil d'Etat a cependant apporté un correctif à cette rigueur de principe en admettant que si la faute et l'erreur de

[531] Crim, 28 fév. 1961, B. 124; Crim, 26 fév. 1964, B. 71, obs; Légal, R.S.C., 1966, p. 887; Crim, 8 fév. 1966, B. 36, obs. Légal, R.S.C. 1966, P. 887; Crim, 8 déc. 1964, D. 1965. 393; Crim. 7 fév. 1979, B. 257.
[532] Crim, 8 oct. 1964 B. 261; 6 nov. 1968 B. 284.

l'administration ne pouvaient exonérer le prévenu de sa responsabilité pénale, elles étaient de nature à engager la responsabilité de la puissance publique dans la mesure du préjudice qui a ainsi été causé au redevable.[533] De plus, un article 1649 quinquès E du Code général des impôts allait dans le sens d'un assouplissement de la présomption de connaissance de la loi. Ce texte a été introduit dans la législation fiscale par l'article 100 de la loi n°59- 1472 du 28 déc. 1959.[534] Ce texte a été complété par une importante note de l'administration fiscale en date du 1er août 1961.[535] Dès lors que le contribuable incertain de sa situation fiscale demandait à l'administration fiscale des renseignements, les informations communiquées liaient cette administration. Elle ne pouvait plus procéder à aucun rehaussement d'impositions antérieures selon l'article 1649 quinquiès E C.G.I. « *si la cause du rehaussement poursuivi par l'administration est un différend sur l'interprétation par le redevable de bonne foi du texte fiscal et s'il est démontré que l'interprétation sur laquelle est fondée la première décision a été, à l'époque formellement admise par l'administration* ». Ce texte selon M. Klein n'aboutissait: « *... à rien moins qu'à consacrer l'erreur de droit invincible en matière fiscale* ».[536]

Les juridictions pénales du fond se montraient d'ailleurs en majorité favorables à l'admission de l'erreur de droit invincible. Ainsi, un commerçant avait été relaxé après avoir procédé à une vente avec primes après avoir obtenu un avis favorable des services officiels, [537] ce que l'on pouvait constater dans ses documents comptables.

---

[533] C.E. 22 Juill. 1949, D. 1950 P 24.
[534] J.C.P. 69- III- 25230
[535] J.C.P. ed. C.I. 1961 N°69353.
[536] G. Klein, Thèse op cit, p 329.
[537] Colmar, 28 fév. 1957, Rec. dr. pén., 1958, P.50: Un commerçant avait procédé à une vente avec primes après consultation favorable des services officiels.

Le besoin de la reconnaissance législative de l'erreur invincible de droit se faisait sentir. Déjà, l'avant- projet de Code pénal français de 1983 admettait le caractère exonératoire de l'erreur invincible dans son article 33.

L'entrée en vigueur du nouveau Code pénal a définitivement consacré la notion d'erreur de droit. Ainsi, dans son article 122-3, « *n'est pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte* ». Il convient de s'en féliciter concernant la protection des documents commerciaux. L'erreur de droit est cependant admise de manière restrictive.

L'irresponsabilité pénale ne peut être reconnue que si l'erreur de droit répond à trois conditions:

- l'erreur doit porter sur une règle de droit,

- cette erreur doit posséder un caractère inévitable,

- la croyance en la légitimité de l'acte est nécessaire.

L'erreur peut porter sur n'importe qu'elle règle de droit, qu'il s'agisse d'une loi, d'un règlement à caractère pénal. L'erreur peut également concerner des dispositions non pénales. Concernant les dispositions pénales, l'erreur peut être relative à une infraction intentionnelle ou non intentionnelle. En matière de protection des

papiers commerciaux, l'erreur de droit devrait être particulièrement invoquée dans des matières complexes et techniques comme le droit pénal fiscal. Les débats parlementaires laissent apparaître deux types d'erreurs: l'information erronée fournie par l'administration, et le défaut de publicité du texte normatif.

En pratique la première hypothèse devrait être la plus fréquente. Elle peut recouvrir de nombreuses situations en droit pénal des affaires. Il devrait essentiellement s'agir d'informations écrites et non de réponses orales ou téléphoniques.[538] En effet, l'erreur de droit ne paraît admissible que dans la mesure où son auteur a procédé à un minimum de vérifications, ce qui ne peut être le cas dans le cadre par exemple d'une simple conversation téléphonique.

L'hypothèse du défaut de publicité d'un texte normatif pourrait également avoir des conséquences en droit pénal des affaires. Ainsi, certains textes de nature réglementaire renvoient à des annexes comportant des spécifications techniques. Le défaut de publicité de ces annexes pourrait justifier l'admission de l'erreur de droit. En tout état de cause, l'erreur pour être admise doit être complète. Elle ne doit laisser place à aucune incertitude, qu'il s'agisse d'un doute sur la légitimité de l'acte ou d'une croyance dans la légitimité partielle de l'acte. Enfin, il convient de noter que l'erreur de droit pourra bénéficier aux personnes morales si elle est reconnue au profit de leurs organes ou représentants personnes physique.

La jurisprudence la plus récente semble cependant comme par le passé rejeter l'erreur de droit dans l'hypothèse où l'erreur est

[538] Desportes et Le Gunéhec, Le nouveau droit pénal, 7 eme éd. 2000, n° 684 et s.

due à un revirement de jurisprudence[539]. Il convient de le regretter en matière de protection des documents commerciaux car, comme cela a déjà été constaté, en ce qui concerne l'abus de biens sociaux, le législateur s'est éloigné du principe de légalité criminelle en rédigeant des textes trop imprécis. Cette position paraît d'autant plus contestable que dans d'autres branches du droit liées au droit pénal des affaires comme en droit fiscal, le législateur a déjà accordé aux contribuables l'opposabilité de l'interprétation administrative des textes fiscaux. Ainsi, l'article L 80 A du Livre des Procédures fiscales interdit aux services fiscaux de procéder à des rehaussements d'impositions qui seraient en contradiction avec la doctrine administrative en vigueur au moment où il en a été fait application soit par l'administration, soit par le contribuable.[540]

Il paraîtrait donc souhaitable que le justiciable puisse opposer à l'autorité judiciaire d'éventuels revirements de jurisprudence concernant une matière aussi fluctuante que le droit pénal des affaires. Il serait ainsi tenu compte du particularisme de l'élément intentionnel de certaines infractions liées à la protection des documents commerciaux.

---

[539] Crim, 11 oct. 1995, D. 1996. 469, note M. Muller.

[540] F. Lefebvre, Mémento pratique Fiscal 1999, n° 7294 et s. La doctrine opposable à l'administration concerne soit les documents de portée générale comme les instructions, les circulaires publiées, les réponses ministérielles, soit des décisions individuelles comme des réponses écrites aux demandes de renseignement du contribuable. Concernant les documents de portée générale la doctrine doit avoir fait l'objet d'une diffusion destinée au contribuable comme dans la documentation administrative de base, la charte du contribuable, mais non du précis de fiscalité édité par la direction générale des impôts, ni les interventions du ministre lors des débats parlementaires. Quant aux décisions individuelles, elles doivent exprimer formellement l'interprétation d'un texte pour être opposables à l'administration.

Section III: L'importance de l'arrière plan criminologique de l'intention

Les explications qui précèdent ont permis de constater qu'il existe un particularisme de l'élément intentionnel de certaines infractions liées à la protection des documents commerciaux. Mais ce particularisme peut-il aller jusqu'à une intégration de la notion de mobile dans celle de dol général?

Il est heureux que la jurisprudence s'y soit refusée par respect du principe de légalité criminelle (§I). La question se pose cependant en droit pénal des affaires de savoir si l'on doit admettre que le mobile puisse jouer le rôle d'un fait justificatif, véritable état de nécessité économique (§II).

§I: La distinction entre dol général et mobile

L'étude des papiers commerciaux en droit pénal des affaires nécessite de distinguer clairement le mobile, une notion criminologique A), et le dol, une notion juridique B).

A) le mobile: une notion criminologique

Le mobile correspond à l'arrière plan psychologique du passage à l'acte. Il s'agit de répondre à la question: quelles sont la ou les causes qui ont déterminé le délinquant à passer à l'acte?

Le délinquant en col blanc qui utilise des documents commerciaux pour accomplir ou dissimuler des infractions d'affaires est un délinquant de type particulier. Il s'agit de personne d'un niveau socio- économique supérieur dont la criminalité est à base de ruse. Le mobile ne trouve donc pas sa source dans une quelconque pathologie physique ou psychique. Selon la théorie de l'anomie (disparition ou affaiblissement des normes sociales), les mobiles du délinquant en col blanc ne peuvent se comprendre que par référence aux structures

sociales. D'une part la société propose à ses membres des objectifs culturels comme la réussite sociale et financière, l'esprit d'entreprise. D'autre part, la société offre à ses membres des moyens légitimes pour y parvenir. Dans le cas où ces moyens légitimes ne sont plus en adéquation avec les objectifs proposés, il y a risque de rupture et de recours à des méthodes prohibées. Un auteur comme Merton[541] étiquette les délinquants d'affaires comme des « *innovateurs* ». L'innovation consiste à utiliser des procédés interdits mais efficaces pour parvenir à la réussite comme l'utilisation de fausses factures ou les manipulations comptables. L'individu a accepté le but proposé par la société (la réussite sociale), mais n'a pas fait siennes les normes sociales.

[541] Merton, Social theorie and social structures, New York, 1949; traduit sous l'intitulé: Elément de théorie et de méthode sociologique, Paris, Plon, 1965; trad. franc.

La typologie de Merton est la suivante:

Modes d'adaptation	Buts	Moyens
Conformisme	+	+
Innovation	+	-
Ritualisme	-	+
Evasion	-	-
Rébellion	-	-

La théorie des associations différentielles développée par Sutherland[542] aboutit à des conclusions relativement proches. Pour cet auteur, le comportement criminel individuel n'est pas héréditaire, mais appris au contact d'autres personnes par un processus de communication. Sur le plan collectif, l'auteur explique les différences de criminalité entre les nations par les différences d'organisation sociale, un taux élevé de criminalité étant dû à la « *désorganisation sociale* ». Il insiste sur l'individualisme facteur décisif de la délinquance d'affaire. La notion de mobile est donc davantage une notion criminologique que juridique qui peut s'expliquer par des facteurs sociaux. Son caractère variable d'un individu à un autre ne permet pas de l'intégrer aux éléments constitutifs d'une infraction, ce qui le distingue de la notion de dol.[543]

[542] Sutherland, Principes de criminologie, éd. Cujas, 1966.
[543] Stéfani (G), Levasseur (G) et Bouloc (B), p 232, 233, n° 260 .

B) Le dol: une notion juridique

Le dol est une notion juridique, il représente un des éléments constitutifs de l'infraction. La personnalité de l'auteur de l'infraction est indifférente pour caractériser le dol général. Ce dol est toujours identique pour chaque délit. En matière d'escroquerie par exemple, « *l'intention n'apparaît donc pas comme une notion externe au fait incriminé, mais comme un élément constitutif de ce fait* ».[544] En somme, la volonté dans les infractions intentionnelles constitue « *un élément constitutif du comportement incriminé et, si elle manque in concreto, l'auteur échappera à la sanction, parce qu élément de l'incrimination fait défaut... élément matériel et élément intentionnel font un tout qui doit être imputé à l'auteur pour qu'il puisse être responsable* ».[545] Aussi, le législateur doit- il donner une définition de l'élément intentionnel qui permet aux magistrats d'en constater l'existence à partir de simples constatations objectives comme des documents comptables falsifiés. La loi pénale se réfère ainsi à une conception objective du délinquant. Il s'agit d'un délinquant « *légal* » , même si un classement typologique des délinquants par catégorie est possible. Ainsi, MM. Merle et Vitu[546] distinguent trois catégories de délinquants, pour lesquels la volonté infractionnelle est plus ou moins importante:

- Ceux qui connaissaient l'incrimination et n'ont pas hésité à passer outre,

[544] J.F. Seuvic, Thèse, op cit, p 109.
[545] Elie Daskalakis, « Réflexions sur la responsabilité pénale », P.U.F. , 1975, Travaux et recherches de l'université de Paris, Série Sciences criminelles, p 89.
[546] R. Merle et A. Vitu, Traité de droit criminel, 7 eme éd. 1997, op cit n°589.

- Ceux qui ignoraient la loi mais qui avaient obligation de la connaître

- Ceux qui auraient dû normalement soupçonner le caractère irrégulier de leurs agissements, et qui ont négligé de s'informer.

Mais cela ne renseigne pas sur la personnalité du délinquant, ou sur les causes déterminantes de son acte. Or, la question est fréquemment soulevée en matière de protection des documents commerciaux. Souvent, les dirigeants mis en examen ou prévenus vont invoquer l'utilité sociale ou économique de leurs actes comme moyen de défense. Ils ont falsifié des documents comptables, ou émis des traites de cavalerie pour éviter le dépôt de bilan, pour sauver des emplois. Les juges doivent- ils admettre ce moyen de défense, doivent- ils prendre en compte ce qu'il est possible de qualifier d'état de nécessité économique?

§II: Le rejet par la jurisprudence de l'état de nécessité économique

Dans la jurisprudence relative aux papiers commerciaux, on constate le rejet de l'état de nécessité économique envisagé comme un fait justificatif A), en revanche son rôle modérateur dans la mesure de la peine n' est pas contestable B).

A) Le rejet de l'état de nécessité économique envisagé comme un fait justificatif

Le droit pénal des affaires comme le droit pénal général ne prend pas en compte en principe les mobiles pour apprécier les conditions d'existence du dol général ou même spécial. Le mobile ne possède pas non plus de caractère justificatif, fût- il honorable ou économiquement justifié. Ainsi, le fait pour un contribuable de se soustraire à l'établissement de l'impôt par quelque moyen que ce soit, comme à l'aide de manipulations comptables, en invoquant un mobile idéologique, n'a aucun caractère justificatif.[547] En matière d'abus de confiance par exemple, il n'est pas nécessaire d'établir au moyen de documents commerciaux que le prévenu a lui même profité du détournement. Ainsi, le fait d'avoir agi dans l'intérêt d'autrui est sans influence sur la culpabilité.[548] Même un mobile moins précis est sans influence. J. Larguier[549] cite l'exemple cocasse d'un comptable philanthrope qui détournait plusieurs millions de francs pour les dilapider aux courses par révolte contre la société capitaliste et pour protester contre une oeuvre théâtrale qui lui avait déplu. Faut- il regretter, du point de vue de la protection des documents commerciaux, l'absence de prise en compte des mobiles par la jurisprudence?

[547] Crim, 19 mai 1983, B. 150.
[548] Trib. corr. Seine, 2 nov; 1951, J.C.P. 1952. II. 6701 note Larguier.
[549] Larguier et P. Conte, Droit pénal des affaires, 10eme éd. 2001, p 185 et s.

Il est concevable, même dans la théorie classique du dol, d'ériger certains mobiles en faits justificatifs. Ainsi en est- il du mobile lié à la survie d'une entreprise, car dans ce cas: « *L'irresponsabilité pénale provoquée par un fait justificatif ne procède pas du défaut de volonté délictueuse de l'agent, mais de la neutralisation objective de l'élément légal* ».[550] Mais l'admission de l'état de nécessité économique pourrait avoir de graves conséquences sur la protection des documents commerciaux et renforcer les risques d'interprétation supra-téléologique ou même infra- analogique.

Tout d'abord, l'admission par la jurisprudence de la notion d'état de nécessité économique entraînerait une perte de crédibilité des documents commerciaux, non seulement en ce qui concerne les documents extrinsèquement crédibles, mais également les documents intrinsèquement crédibles. Les bénéficiaires d'effets de commerce pourraient ainsi craindre que leurs débiteurs invoquent l'état de nécessité économique pour échapper à leurs obligations cambiaires.

Ensuite, il en résulterait un accroissement du nombre de procédures pénales, néfastes à la protection du crédit ainsi qu'à une gestion saine des entreprises.

Enfin, certains grands principes du droit pénal risqueraient d'être atteints par une telle admission. Le caractère fictif de la présomption de connaissance de la loi (cf. supra) serait renforcé, le prévenu ayant commis des malversations pouvant invoquer sa croyance dans la légitimité économique de son action; de plus l'admission de cette notion ferait naître un risque d'arbitraire lié à une

[550] R. Merle et A. Vitu, op cit éd 1997, n° 591.

analyse purement économique et non juridique de la situation litigieuse (cf. supra). En définitive, c'est le principe de légalité qui serait touché, l'exigence de textes clairs et précis n'étant plus appliquée de manière stricte.

Il faut donc se féliciter de l'intransigeance de la jurisprudence en la matière. L'admission des mobiles comme moyen de défense en ce qui concerne la protection des documents commerciaux doit être rejetée.

B) Le rôle modérateur de l'état de nécessité économique dans la mesure de la peine

Il convient de remarquer qu'en pratique les magistrats tiennent compte de l'arrière plan psychologique dans le choix et le dosage de la peine. Dans un arrêt de 1992,[551] la Chambre criminelle de la Cour de Cassation a précisé que les mobiles « *ne peuvent être retenus par les*

[551] Crim, 13 mai 1992, Rec. droit pénal, 1992, n° 279.

juges du fond autrement que pour l'application de la peine ». Le législateur lui- même, sans doute influencé par les écoles de défense sociale, a introduit dans la procédure pénale l'examen de la personnalité (Art. 81 C.P.P.). Selon ce texte, le juge d'instruction peut ainsi commettre *«... toute personne habilité... à l'effet de vérifier la situation matérielle, familiale et sociale d'une personne mise en examen* » (L. n° 93-2 du 4 janv. 1993).

Le contexte économique et social sera donc fréquemment pris en compte notamment en matière de malversations comptables, en ce qui concerne la mesure de la peine. Les mobiles permettront de déterminer s'il existe en faveur du délinquant d'affaire des modalités particulières d'application des peines (cf. infra Partie II).

Concernant les infractions à la législation sur les sociétés par exemple, il est possible de constater entre 1987 et 1992, une stabilisation du nombre des condamnations à des peines d'emprisonnement et d'amendes, et à une augmentation du prononcé de peines de substitutions:(tableau infra).

Les infractions à la législation sur les sociétés (source: ministère de la justice, Casier judiciaire national (Annuaire Stat. Justice, 1991/ 1992), sous- direction de la statistique, ministère de la Justice, 1996.

Année	1987	1988	1989	1990	1991	1992
Emprisonnement	1180	1967	1258	1320	1356	1364
Amende	761	501	480	537	617	627
autres	64	81	69	98	123	150

Ainsi, l'émission de fausses factures, la falsification de documents comptables peuvent être qualifiées d'escroquerie, de fraude fiscale ou d'abus de biens sociaux quels que soient les mobiles de ces actes. Pourtant, la dangerosité sociale d'un individu qui fait profession de créer des sociétés fictives, d'organiser à grande échelle des circuits de fausses factures est évidemment bien supérieure à celle du petit commerçant en déficit qui fraude le fisc en falsifiant ses documents comptables afin d'éviter le dépôt de bilan. La souplesse adoptée dans l'application des peines par une prise en compte des mobiles du délinquant doit donc être approuvée. En revanche, le caractère strictement objectif de la notion de dol doit être fermement maintenue,

en rejetant toute tendance à l'intégration des mobiles dans le dol général. Une telle confusion risquerait de porter atteinte au principe de légalité criminelle et d'interprétation stricte de la loi pénale.

Chapitre II: L'imprécision de la notion de dol spécial et les papiers commerciaux

Il existe de nombreuses incriminations qui mentionnent une intention spécifique: il s'agit du dol spécial. En droit pénal des affaires le dol spécial est requis par des lois particulières comme élément constitutif de certaines infractions. Cette intention spécifique conduit généralement à la production d'un résultat déterminé. L'agent n'est répréhensible que s'il a eu la volonté d'obtenir ce résultat. La doctrine a élaboré des distinctions entre les différentes catégories de dol. Dans l'hypothèse du dol indéterminé, l'agent recherche un effet délictueux, mais ne peut à l'avance se représenter en quoi il consistera. Dans le cas du délit praeter intentionnel, les conséquences de l'infraction sont plus graves que celles qui étaient prévues ou prévisibles par l'agent. Le dol éventuel s'analyse comme une situation dans laquelle l'agent avait envisagé un risque, qu'il espérait éviter et qui a tout de même persisté dans son action.

Ces distinctions cependant se révèlent inutiles en matière de protection des documents commerciaux. En effet, concernant les infractions du droit pénal des affaires, on constate que la jurisprudence tend à rendre la notion de dol spécial imprécise par un double mouvement. Tout d'abord, la notion de dol spécial est étendue de manière excessive parfois au prix d'une interprétation supra-téléologique (section I).

Ensuite, la notion semble avoir été marginalisée par la Chambre criminelle de la Cour de Cassation (section II).

Section I: L'interprétation supra- téléologique de la notion de dol spécial et les papiers commerciaux

En matière de protection des documents commerciaux, l'exemple de l'abus de biens sociaux est particulièrement frappant. Pour que cette infraction soit consommée, il ne suffit pas que le délinquant ait eu une intention délictueuse ordinaire, il faut en plus qu'il ait agi selon les articles L. 241-3-4° et L. 242-6-3° C. com *«... à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement »*. Or, cette nécessité du dol spécial se justifiait *«... par le souci de ne pas freiner l'esprit d'entreprise: dans la vie des affaires, tout acte est à base d'intérêt personnel, mais on veut ici que la recherche d'un avantage personnel n'aille pas à contre courant de l'intérêt social »*.[552] La jurisprudence pourtant, en témoignant d'une interprétation supra- téléologique, a parfois étendu de manière excessive la notion de dol spécial, en ce qui concerne notamment la recherche d'un intérêt personnel, qu'il soit matériel (§I) ou moral (§II). C'est ce qui peut être constaté à travers l'analyse de la jurisprudence relative à la protection des documents commerciaux.

[552] A. Vitu, Droit pénal spécial, op cit, n° 986.

§I: L'extension par le biais de la notion d'intérêt matériel

L'intérêt matériel, généralement un intérêt pécuniaire peut être direct A) ou indirect B), selon que le dirigeant cherche à se favoriser lui- même ou un tiers. Selon les cas, la jurisprudence procède à une interprétation téléologique pure ou supra –téléologique.

A) L'intérêt matériel direct: une interprétation téléologique pure

Dans l'hypothèse de l'intérêt matériel direct, le délinquant cherche à s'enrichir directement au détriment de la société. Il existe de nombreux exemples jurisprudentiels où un dirigeant social fait passer ses propres intérêts avant ceux de la société. Les documents commerciaux seront alors de précieux révélateurs de cette intention spécifique.

Les documents comptables vont permettre de prouver qu'un dirigeant perçoit des rémunérations excessives dans un intérêt personnel. C'est le cas lorsque le dirigeant s'octroie de sa seule autorité une rémunération non prévue par les statuts,[553] ou lorsqu'il profite de sa

[553] Crim, 7 mars 1968, B. 80.

situation très fortement majoritaire dans la répartition du capital social, fait prendre par l'assemblée une délibération lui attribuant des appointements excessifs eu égard aux ressources et à la situation financière de la société et perçoit par la suite ces appointements.[554]

Il en va de même du dirigeant qui se fait verser par sa société, au moyen d'affirmations mensongères, des commissions injustifiées et exorbitantes.[555]

L'intérêt personnel ressort également lorsque le dirigeant fait supporter à la société des dépenses personnelles comme le paiement de dettes de jeu,[556] de dettes diverses,[557] d'amendes,[558] ou de dettes liées à des spéculations personnelles.[559]

L'usage abusif d'effets de commerce atteste d'une volonté d'utiliser le crédit de la société à des fins personnelles. Le cas le plus fréquent est celui où le dirigeant engage la signature sociale par l'acceptation d'effets de complaisance ou le tirage de traites sans contrepartie.

Tous ces arrêts utilisent une conception téléologique pure de l'intérêt personnel. Dans toutes ces hypothèses, l'avantage personnel recherché par les dirigeants sociaux allait à contre courant de l'intérêt social.

---

[554] Crim, 19 oct. 1971, B. 272.
[555] Trib. corr. Seine 31 oct. 1963: G.P. 1964, 1, 173.
[556] Crim, 6 mars 1974, B. 94.
[557] Crim, 25 nov. 1975, B. 257; J.C.P. 1976, éd. G, II, 18476, note Delmas- Marty.
[558] Crim, 3 fév. 1992, J.C.P. 1992, éd. G, IV, 1900.
[559] Crim, 5 mars 1937, 2, 69; 26 juin 1978, B. 212.

En revanche, la situation dans laquelle un dirigeant bénéficie d'un intérêt personnel indirect est plus difficile à caractériser.

B) L'intérêt matériel indirect: Les risques d'une interprétation supra- téléologique

L'intérêt personnel d'un dirigeant social peut également être indirect. Cet intérêt se manifeste lorsqu'un dirigeant commet un abus pour favoriser une autre société ou une entreprise dans laquelle il est intéressé (Art. L. 242-6 C. com). Il convient alors de distinguer deux situations: lorsque les sociétés en cause n'ont aucun lien entres elles, et lorsqu'elles ont des intérêts communs.

Dans une première hypothèse, le délit sera constitué si par exemple il est établi au moyen des documents comptables que le dirigeant de droit d'une première société et, principal actionnaire, dirigeant de fait de la seconde , utilise indifféremment selon les opportunités du moment, les biens de l'une au profit de l'autre.[560] Dans ce cas, il est évident que l'agent favorise ses intérêts personnels au

[560] Crim, 16 déc 1975, J.C.P. , 1975-II-18745.

détriment des deux sociétés. L'interprétation est conforme à l'esprit du texte, l'interprétation est téléologique pure.

En revanche, certaines interprétations de la jurisprudence sont plus discutables. Par exemple un gérant d'une société à responsabilité limitée avait fait procéder à la cession gratuite d'une option de sa société sur un terrain au profit d'une société civile immobilière.[561] La preuve de l'intérêt du gérant poursuivi dans la société civile immobilière résultait pour les juges du fait que le prévenu a obtenu ultérieurement dans cette société des fonctions rémunérées, ce qui pouvait être constaté au moyen de différents documents comptables et sociaux de cette seconde société. Or, conformément à l'esprit de la loi, l'avantage accordé par le dirigeant d'une première société à une seconde société n'aurait dû être punissable que si, lors de l'acte, le dirigeant était déjà intéressé dans cette seconde société, ce qui ne ressortait pas de l'analyse des documents comptables de cette seconde société. De plus, l'analyse de ces documents comptables ne permettaient pas non plus d'établir le caractère injustifié de la rémunération dans la seconde société au moment où elle a été attribuée.

L'interprétation de la jurisprudence de la notion d'intérêt personnel indirect dépasse ici l'esprit du texte puisqu'il n'est pas formellement établi que la cession immobilière a été réalisée par intérêt personnel, l'interprétation est donc supra- téléologique. Elle s'explique cependant par l'imprécision de la notion d'intérêt personnel

Dans une seconde hypothèse, il se peut que les sociétés en cause aient des intérêts économiques complémentaires et constituent un

[561] Crim, 19 oct. 1978, B. 282; Rev. soc. 1979, 872, note B. Bouloc.

groupe de sociétés. Une opération comptable peut être justifiée si elle est faite dans l'intérêt du groupe;[562] en revanche, elle est punissable si elle est faite dans l'intérêt d'une seule société du groupe ou dans l'intérêt personnel du dirigeant.[563] Deux objections peuvent être formulées à l'égard de cette jurisprudence.

Tout d'abord, il a déjà pu être constaté combien cette notion de groupe de sociétés est parfois difficile à caractériser (Supra, Titre II, Chapitre II).

Ensuite, dès lors qu'un dirigeant est commun à plusieurs sociétés d'un même groupe, son intérêt personnel peut être automatiquement établi.[564] Il en résulte une présomption quasi irréfragable d'intérêt personnel dès lors que le nom d'un dirigeant apparaît sur divers documents sociaux de plusieurs sociétés du groupe. Or, une présomption irréfragable d'intention frauduleuse n'est pas conforme au respect du principe de la présomption d'innocence. De plus, il convient de rappeler que le législateur a expressément manifesté son désir de supprimer définitivement les présomptions irréfragables d'intention en matière délictuelle en supprimant les délits matériels (Supra, Titre III, Chapitre I).

Ces constatations font que les risques d'une interprétation supra téléologique concernant l'intérêt matériel indirect ne sont pas négligeables. La même critique apparaît, dès lors que l'on s'intéresse à l'intérêt moral.

---

[562] Trib. corr. Paris 16 mars 1974; G.P. 1974, 2, 886; D. 1975, 37; J.C.P. 1975, éd. C.I., II, 11816, obs. Lacoste; Rev. soc. 1975, 665; R. S. C. 1975, 155, obs. Bouzat.
[563] Trib. corr. Paris 29 avril 1983, G.P. 1983, 2, 425, note Marchi; R.S.C. 1984, 86, obs. Bouzat.
[564] J.F. Renucci, M. Cardix, L'abus de biens sociaux, op cit, p 51.

§II: L'extension par le biais de la notion d'intérêt moral

Pour la jurisprudence, l'intérêt personnel recherché par un dirigeant social peut également être moral. Concernant la protection des documents commerciaux, une distinction s'impose entre l'intérêt moral direct et indirect. L'intérêt moral direct est un avantage moral que le dirigeant social retire directement de l'opération. L'intérêt moral indirect correspond à un avantage conféré à autrui dans le but de la satisfaction d'un intérêt moral personnel. Si la notion d'intérêt moral direct ne pose aucune difficulté A), celle d'intérêt moral indirect entraîne des risques d'interprétation supra- téléologique B).

A) L'intérêt moral direct: une interprétation téléologique pure

L'intérêt moral direct doit être qualifié d'intérêt personnel lorsqu'il se traduit par un avantage non matériel dont le dirigeant bénéficie personnellement. La jurisprudence relative à la protection des documents commerciaux en offre de nombreux exemples.

Ainsi, l'intérêt personnel peut être d'ordre électoral. Le maire de Sarcelles, président- directeur- général d'une société anonyme d'économie mixte de construction immobilière, après avoir emprunté des fonds destinés à l'acquisition de terrains, avait commis un abus de pouvoirs en les versant aussitôt à l'entrepreneur choisi pour l'exécution des travaux. Le projet n'aboutit pas et seul une partie des fonds fut restituée. Ces malversations étaient attestées par l'analyse des documents comptables de la société. Or, ces agissements frauduleux du maire lui avaient été dictés par le dessein d'imposer à tout prix la construction d'un immeuble immobilier qui aurait pu compenser, sur le plan électoral, les conséquences fâcheuses pour lui d'un immeuble édifié sur sa commune par la caisse des dépôts et consignations.[565] Cet arrêt est parfaitement justifié au regard du principe d'interprétation stricte de la loi pénale. En effet, Il existe bien un intérêt personnel dans le fait d'escompter obtenir des voix aux élections en agissant au détriment d'une société, même si cet avantage n'est pas matériel.

[565] Crim, 16 fév. 1971, B. 53; Rev. soc. 1971, 423, note Bouloc; D. 1971, 294.

Dans le même sens, un arrêt voit un intérêt personnel dans le fait pour un dirigeant social, de verser de l'argent à des agents du fisc pour mettre fin à un contrôle fiscal portant sur les documents comptables d'une société, ce contrôle étant considéré par le contribuable comme moralement et physiquement insupportable.[566]

Un autre arrêt enfin concerne des abus commis pour entretenir des relations avantageuses avec des personnages influents. En l'espèce, les détournements avaient servi à financer la construction de la villa du beau-père du maire d'Aix- en- Provence, jugé d'ailleurs coupable de complicité de recel d'abus de biens sociaux.[567]

Dans ces hypothèses, l'intérêt personnel du dirigeant est évident. Les faits pourraient également relever des incriminations de corruption ou de trafic d'influence.

Il existe cependant des arrêts où l'intérêt personnel est plus difficilement caractérisé. La notion d'intérêt personnel y est si étendue que les risques d'interprétation supra téléologique ne sont pas négligeables.

B) L'intérêt moral indirect: les risques d'une interprétation supra- téléologique

Dans certains arrêts, l'intérêt personnel du dirigeant n'est pas discutable, même si, en apparence, les malversations comptables

[566] Colmar 30 avril 1985: Rev. soc. 1985, 833, note Storck.

[567] Crim, 19 oct; 1987, B. 353.

semblent favoriser autrui. Ainsi, en est-il d'un pseudo dirigeant, en réalité homme de paille qui rend service à autrui au moyen de malversations comptables. Car dans cette hypothèse, les malversations avaient été imposées à l'homme de paille par ses commanditaires à leur bénéfice.[568]

Dans certains cas, il est manifeste que les malversations comptables sont réalisées au détriment de la société dans un intérêt purement personnel. Il s'agit par exemple du dirigeant qui veut s'attirer à bon compte, la reconnaissance de ceux à qui il vient en aide en disposant des fonds de la caisse de solidarité de la société.[569]

En revanche, dans d'autres hypothèses, on peut se demander si certaines opérations sont réellement réalisées dans un intérêt personnel. C'est le cas dans certains arrêts de condamnation qui confèrent à la notion d'intérêt personnel une portée excessivement large. Ainsi, le fait pour un dirigeant d'agir par amitié équivaut- il à agir par intérêt personnel, même si les moyens employés sont frauduleux? C'est le cas d'un dirigeant social qui participe à la mise en circulation de nombreuses traites de complaisances au profit d'une société anonyme, et ce en raison de liens d'amitié l'unissant avec le dirigeant de la société bénéficiaire de l'opération;[570] de même, le dirigeant qui n'hésite pas à masquer d'importants prélèvements par des écritures fictives pour s'attirer la reconnaissance d'un autre dirigeant de la société,[571] ou qui s'ingénie à rendre sa société faussement débitrice d'une autre société afin de maintenir les excellentes relations

[568] Crim, 22 cot. 1979, B. 290.
[569] Crim, 3 mai 1967, B. 148.
[570] Crim, 8 déc. 1971, B. 346; rev. soc; 1972, 514, note Bouloc.
[571] Crim, 9 mai 1973, B. 216; D. 1974, 271, note Bouloc; Rev. soc. 1974, 696, note Bouloc.

commerciales qu'il entretenait avec le dirigeant de cette dernière.[572] La question de savoir s'il y a véritablement un intérêt personnel doit également se poser concernant un dirigeant qui, poussé par la volonté de sauvegarder sa réputation et celle de sa famille n'a pas hésité à consentir à son frère des ouvertures de crédit irrégulières sans se soucier du risque qu'elles pouvaient faire courir aux biens et aux crédits de la société.[573]

Dans ces hypothèses, les dirigeants ne confèrent pas à autrui un avantage dans le but de satisfaire un intérêt moral personnel. L'utilisation frauduleuse des documents commerciaux est ici destinée à favoriser autrui sans contrepartie, ou à conserver de bonnes relations d'affaires avec autrui dans l'intérêt de son entreprise. La notion d'intérêt personnel est ici étendue de manière excessive par la jurisprudence. L'utilisation frauduleuse de documents commerciaux ne devrait pas permettre de présumer aussi facilement la poursuite d'un intérêt personnel. La jurisprudence dépasse ici l'esprit du texte, qui n' a malheureusement pas été rédigé avec suffisamment de précision, l'interprétation de la notion d'intérêt personnel est ici supra-téléologique.

L'objectif du législateur, à savoir limiter le domaine d'application de l'abus de biens sociaux au moyen d'une définition restrictive du dol spécial semble avoir échoué. Mais de plus, l'extension de la notion de dol spécial s'accompagne d'une tendance à la marginalisation de cette notion. En effet, de nombreux arrêts

[572] Crim, 19 juin 1978, B. 202.

[573] Crim, 3 mai 1967 B. 148.

entretiennent une dangereuse confusion entre la notion de dol spécial et celle de dol général ou les mobiles.

Section II: La marginalisation de la notion de dol spécial

Au-delà d'une simple extension, la notion de dol pénal spécial fait parfois l'objet d'une véritable marginalisation en droit pénal des affaires. Cette marginalisation apparaît dans l'interprétation doctrinale de l'intention de tromper dans l'escroquerie (§I), ainsi que dans les relations qu'entretiennent le dol civil et le dol pénal (§II).

§I: L'intention de tromper dans l'escroquerie: une exigence imprécise et des risques d'interprétation supra- téléologique

Comme cela a été constaté dans les pages précédentes, le dol spécial constitue «... *une donnée psychologique supplémentaire, indispensable à la caractérisation de l'élément matériel de*

l'infraction ».[574] Cependant, et particulièrement en ce qui concerne l'incrimination d'escroquerie, certains auteurs ont défini de manière critiquable la notion de dol spécial, ce qui renforce le caractère imprécis de la notion et les risques d'une interprétation supra-téléologique en matière de protection des documents commerciaux.

Ainsi, pour Garraud, l'intention en matière d'escroquerie nécessite « ... *non seulement le dol général, c'est- à- dire la conscience et la volonté de commettre l'acte en tant que délit, et par conséquent d'user d'un faux nom, d'une fausse qualité, ou de persuader la victime, par ses manœuvres, d'un événement faux ou chimérique, mais encore le dol spécial, c'est- à- dire la volonté de se procurer à soi- même ou de procurer à autrui un bénéfice illégitime, le lucri faciendi causa* ».[575]

Cette analyse nécessite la volonté d'obtenir un bénéfice, c'est à dire l'esprit de lucre. Cette analyse paraît contestable, car elle est susceptible d'entraîner une interprétation supra-téléologique de la notion de dol spécial. Cette interprétation entretient une dangereuse confusion entre la notion de dol spécial, de caractère abstrait et identique dans toutes les escroqueries, et la notion de mobile, « *par nature concrète et qui présente un caractère subjectif et variable* ».[576] En effet, l'esprit de lucre n'est qu'un simple mobile, or le mobile n'est pas un élément constitutif de l'infraction d'escroquerie à la différence de certains textes étrangers.[577] Une telle conception risquerait d'accroître de manière excessive les pouvoirs d'interprétation des juges

---

[574] Jean- Paul Doucet, Précis de droit pénal général, Liege, 1976, P. 153 et s.
[575] Garraud, Traité, Tome VI. 1935, n° 2571, p. 373- 374.
[576] J.F. Seuvic, Thèse, op cit, p.115.

[577] Les rédacteurs des articles 197 du Code pénal autrichien, 263 du Code pénal allemand, 148 du Code pénal suisse, 496 du Code pénal belge, 279 du Code pénal danois ou 326 du Code pénal néerlandais se sont expressément référés à la notion de mobile.

concernant la protection des documents commerciaux. Ainsi, les juges devraient se demander si l'utilisateur de documents commerciaux frauduleux a bien eu l'intention d'obtenir un bénéfice illégitime en plus de la remise. Une telle conception subjective de l'infraction favoriserait un risque d'arbitraire. Cette critique est d'ailleurs celle que fait le Professeur Vitu[578] pour qui l'animus lucri ne s'intègre pas à la structure du délit.

Le législateur, dans la nouvelle incrimination de l'escroquerie, n'a procédé à aucune allusion liée à un quelconque esprit de lucre. Seule la notion d'objet susceptible de remise a été élargie par le Nouveau Code pénal. Le mobile demeure indifférent.[579] Les mobiles qui ont poussé l'agent à recourir à l'utilisation de documents commerciaux frauduleux importent donc peu. Le juge pourra cependant en tenir compte dans l'échelonnement de la peine.

Le dol spécial apparaît donc comme une notion imprécise au regard de l'analyse qui en est faite par la doctrine.

Les relations entre le dol pénal spécial et le dol civil concernant l'escroquerie démontrent également combien il est difficile de cerner les contours précis de la notion de dol pénal spécial, ce qui engendre de graves incertitudes liées à la protection des documents commerciaux.

[578] A Vitu, Dr. pénal spécial, t II, n° 2346.
[579] G. Roujou de Boubée, B. Bouloc, J. Francillon, Y. Mayaud, Code pénal commenté, Dall. 1996, p 551.

§II Les relations entre le dol pénal et le dol civil

La marginalisation de la notion de dol spécial est accentuée par les rapports qui existent entre le concept pénal de la notion de dol spécial, et le concept civil de la notion de dol. Certes, les rédacteurs de l'ancien article 405 CP tentèrent de distinguer précisément dol civil et dol pénal en supprimant purement et simplement le mot dol dans l'incrimination d'escroquerie : « *la suppression du mot dol qui se trouvait dans les deux premières rédactions, ôtera tout prétexte à supposer qu'un délit existe par la seule intention de tromper* ». [580] On retrouve cette volonté clairement exprimée par les rédacteurs du Code pénal actuel qui n'ont pas repris l'expression de « *dol* ». Cependant cette distinction entre dol civil et dol pénal est demeurée « *toujours délicate à mettre en œuvre* »[581], enveloppée de « *brouillards* » selon Planiol. La difficulté à distinguer dol civil et pénal s'explique car l'incrimination du dol civil, dans l'article 1116 du Code civil, reste elle-même fort imprégnée des origines pénales de la notion. En réalité, il n'existe pas entre le dol civil et le dol criminel une différence de nature, mais plutôt une différence de degré.

En matière d'escroquerie liée à l'utilisation de documents commerciaux, il est notable de constater que l'escroquerie, caractérisée

[580] Garçon op cit, art 405, n°7.

[581] R. Ottenhof, Le droit pénal et la formation du contrat civil, LGDJ, Paris 1970, p 44, n°38.

par l'intention de tromper, accompagnée de manœuvres frauduleuses, de l'usage d'un faux non ou d'une fausse qualité, constitue, en même temps qu'un dol pénalement qualifié, un dol civil qui entraîne la nullité du contrat conclu par la dupe (art. 1116, C. civ.). Certes, les condamnations pénales prononcées pour escroquerie possèdent l'autorité absolue de la chose jugée sur les jugements ou les arrêts des juridictions civiles. Mais, en cas de relaxe, l'autorité du jugement répressif sur le civil «... *ne présente pas nécessairement, la même force* ».[582] En effet, les éléments constitutifs du dol pénal ne sont pas identiques à ceux du dol civil. Selon l'article 313-1 du Code pénal actuel, l'intention de tromper n'est répréhensible que lorsqu'elle a été extériorisée par un mensonge accompagné par des manœuvres frauduleuses précises. En revanche, un mensonge isolé, ou même une simple réticence peuvent entraîner une condamnation civile selon l'article 1166 du Code civil.[583] La présentation d'effets de commerce ou de bilans mensongers en l'absence de manœuvres frauduleuses précises peuvent donc avoir pour conséquence une condamnation civile et une relaxe sur le plan pénal. Il n'existe donc pas « ... *de coïncidence absolue entre la faute intentionnelle pénale et la faute intentionnelle civile, alors qu'au contraire cette coïncidence existe à propos des fautes d'imprudence ou de négligence* ».[584]

Par conséquent, Les juges civils en matière de protection des documents commerciaux découvrent l'existence d'un dol, là où les pénalistes ne découvrent aucun dol spécifique. Il en résulte une certaine imprécision de la notion de dol spécial. En effet comment affirmer le principe selon lequel « *nul n'est censé ignorer la loi* » (cf. supra), alors que les arrêts et les jugements civils et pénaux sont

[582] R. Merle et A. Vitu, Traité, op cit, éd. 1997, n°600.
[583] Mayaud, Le mensonge en droit pénal, th;, Lyon, 1975.
[584] R. Merle et A. Vitu, op cit, n° 600.

contradictoires. Il faut remarquer que de nombreuses personnes non juristes confondent le droit pénal et le droit civil, (or le droit n'est pas fait que pour les juristes!). L'unification des conceptions civiles et pénales de la notion de dol spécial serait souhaitable dans la perspective un meilleur respect du principe de légalité, d'ailleurs commun à toutes les branches du droit écrit continental (par opposition au droit coutumier anglo saxon). La protection des documents commerciaux serait ainsi mieux assurée.

A travers la protection pénale des papiers commerciaux, il a pu être constaté combien le droit pénal des affaires s'éloignait parfois des grands principes généraux du droit pénal général comme le principe d'interprétation stricte de la loi. Ces constatations peuvent être reprises concernant la rigueur de la répression en droit pénal des affaires (Partie II).

PARTIE II: LA RIGUEUR DE LA REPRESSION EN DROIT PENAL DES AFFAIRES ET LES PAPIERS COMMERCIAUX

Il est possible de constater en matière de protection des papiers commerciaux une rigueur de la répression tant au niveau législatif que jurisprudentiel.

Il existe un accroissement réel de la sévérité légale qui se traduit par une interprétation jurisprudentielle parfois supra-téléologique ou infra- analogique en matière de relation de participation à l'infraction (Titre I, Chapitre I). Curieusement, l'application des sanctions pénales donne lieu à une interprétation souvent littérale. Ce renversement trouve une explication dans une volonté répressive forte de la part du législateur et de la jurisprudence (Titre I, chapitre II). Une tendance législative et doctrinale récente à la dépénalisation pourrait laisser augurer d'une atténuation de la sévérité légale. Mais il convient de rester circonspect. Le reflux partiel du droit pénal des affaires pourrait annoncer le maintien de la sévérité répressive malgré une indulgence apparente (Titre II).

TITRE I: L'ACCROISSEMENT REEL DE LA SEVERITE LEGALE, JURISPRUDENTIELLE ET LES PAPIERS COMMERCIAUX .

Il existe une constante en droit pénal des affaires, celle de l'accroissement réel de la sévérité légale et jurisprudentielle. Cette constante emprunte cependant des chemins différents selon qu'il s'agisse d'établir la relation de participation à l'infraction ou qu'il s'agisse de prononcer puis d'exécuter la peine. Concernant la relation de participation à l'infraction, la jurisprudence tend à adopter une interprétation malheureusement supra- téléologique des textes répressif selon un schéma fréquemment observé en matière de qualification de l'infraction(Ch I). En revanche, en matière de prononcé puis d'exécution de la peine, la jurisprudence tend à adopter un mode d'interprétation des textes littéral (Ch II). Ces deux types d'interprétations opposés

aboutissent à un même résultat: la rigueur de la répression en droit pénal des affaires concernant la protection des papiers commerciaux.

Chapitre I: La conception extensive de la relation de participation à l'infraction

Dans le cadre d'une application stricte des principes généraux du droit pénal, « *nul n'est responsable que de son propre fait* ». Or, depuis la fin du XIX eme siècle la responsabilité du fait d'autrui s'est développée.[585] La responsabilité pénale du fait d'autrui ne doit pas être confondue avec les atteintes au principe de la personnalité des peines. Dans le cas des atteintes au principe de la personnalité des peines, la sanction infligée à autrui est exécutée par un tiers à l'infraction. Mais ce tiers n'est pas tenu pour responsable de l'infraction, il n'est pas condamné pour l'infraction d'autrui. La responsabilité pénale du fait d'autrui est beaucoup plus grave; une personne qui apparemment n'a

[585] Pour une étudee générale de la responsabilité du fait d'autrui: cf M. Delmas - Marty, Droit pénal, individu et entreprise: culpabilité du fait d'autrui ou du décideur, cahiers de droit de l'entreprise (semaine juridique), n° 39,

pas pris part matériellement à une infraction subira une condamnation personnelle.

La théorie du risque a parfois été invoquée comme fondement de la responsabilité pénale du fait d'autrui notamment concernant la protection des papiers commerciaux en matière de responsabilité patronale. Les tribunaux ont tantôt mis en avant la fiction de la représentation légale du chef d'entreprise par son préposé,[586] tantôt, ils se sont ralliés à la notion de contrat ou de soumission volontaire du chef d'entreprise aux obligations légales de sa profession.[587] La responsabilité pénale fonctionnelle,[588] ou même la responsabilité attachée à la possession d'un capital[589] ont parfois été utilisées. Pourtant, la notion de risque « *est incompatible avec les principes généraux du droit pénal rétributif, et il n'est nullement nécessaire de recourir à elle* ».[590] La responsabilité patronale ne devrait s'expliquer qu'en fonction de la notion de faute. C'est dans une faute personnel de l'employeur que la responsabilité pénale devrait normalement trouver sa source. Moralement il a commis la même faute que son préposé, il ne fait qu'emprunter l'élément matériel de l'infraction commise par son préposé. Or, cette analyse classique,[591] confirmée par la rédaction de l'article 121-1 du Code pénal actuel selon

---

1985, 14539; Coeuret, Pouvoir et responsabilité en droit pénal social, Droit social, 1975, 401; Boubli, E. Cartier, N. Catala , La responsabilité pénale du fait de l'entreprise, Masson éd. 1977.

[586] Crim, 27 janv. 1859, S. , 59.1. 364.

[587] Crim, 7 mai 1980, S. , 70 .1. 439.

[588] Trib. Corr. Pont- Audemer, 9 juill. 1958, J.C.P. , 1958. II. 10760.

[589] Trib. Pol. Hazebrouck, 4 juill. 1962, J.C.P., 1962. IV. 3990.

[590] R. Merle et A. Vitu, 7 eme ed, n°528.

[591] Cf. Pouvoir et responsabilité en droit pénal social, Droit social 1975. 401.

lequel: « *Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait* » est remise en cause par l'interprétation jurisprudentielle de ce principe.

L'extension de la notion d'auteur principal concernant l'abus de biens sociaux en est un exemple significatif (SI), mais également l'extension du domaine d'application de la complicité en matière fiscale (SII), ou l'admission progressive de la responsabilité pénale du fait d'autrui en droit pénal des affaires (SIII).

Section I: L'extension de la notion d'auteur principal: l'exemple de l'abus de biens sociaux

Si la notion de gérant ne suscite pas de difficultés particulières en droit pénal des affaires (§I), celle de dirigeant de fait a parfois été la cause d'interprétation supra- téléologique (§II). Quant à l'évolution de l'imputabilité des personnes morales, les risques d'interprétation infra- analogique ne sont pas à négliger (§III)

§I L'évolution de la notion de « gérant » : une interprétation téléologique pure

En droit pénal général, la notion d'auteur principal ne pose pas de réelles difficultés. Dans l'ancien Code pénal, il n'existait pas de définition de l'auteur d'une infraction. Mais traditionnellement, la doctrine, suivie en cela par les tribunaux, enseignait que l'auteur est l'individu qui a accompli les actes matériels constitutifs de l'infraction. Le Code pénal actuel a défini clairement l'auteur dans son article 121-4 comme « *La personne qui commet les faits incriminés, ou tente de commettre un crime ou un délit dans les cas prévus par la loi* ». Et de plus, l'article 121-1 du Code pénal actuel précise que la responsabilité pénale ne peut résulter que d'un fait personnel: « *Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait* ».[592] Mais encore une fois, le particularisme du droit pénal des affaires apparaît en matière de protection des documents commerciaux. Ainsi, la définition de la notion de gérant a- t- elle été sujette à des interprétations jurisprudentielles et à une évolution législative.

L'expression gérant apparaît dans l'article 15 de la loi de 1867 (al 6 et 7) qui prévoyait des peines complémentaires à celles prévues par l'art. 405 A.C.P. Cette expression excluait- elle les administrateurs qui ne possédaient pas la qualité de gérant?

[592] R. Merle et A. Vitu, op cit, n°527.

A juste titre, la Chambre criminelle dans un arrêt du 21 décembre 1954[593] s'écarta d'une interprétation littérale pour adopter une interprétation téléologique pure en rappelant que les dispositions de l'art. 15 al 6 sont applicables « *aux administrateurs comme aux gérants de sociétés* ». De même, ces dispositions furent appliquées au président-directeur général par la jurisprudence en accord avec la doctrine[594] bien qu'ils ne soient pas directement visés par les textes.

Cette interprétation téléologique pure de la notion de gérant était rendue nécessaire tant par la diversification du statut des dirigeants sociaux en droit des sociétés que par l'évolution de la notion de mandataire social en doctrine et en jurisprudence pénale (cf supra). Une interprétation littérale aurait privé ce texte d'une grande partie de sa portée. Ces textes se révélaient cependant trop imprécis et menaçaient le principe d'interprétation stricte de la loi pénale; ce qui conduisit à une intervention du législateur dans la loi de 1966.

L'article L. 241-3 C. com mentionne toujours les gérants, pour les S.A.R.L., mais l'article L. 242-6 C. com élargit la liste des auteurs principaux susceptibles d'être poursuivis pour abus de biens sociaux aux présidents du conseil d'administration, aux administrateurs, et aux directeurs généraux. Cette solution s'imposait d'autant plus logiquement qu'il résulte de l'article L. 225-204 C. com (Anc Art 215 L. 1966) de la loi de 1966 que les mandataires du conseil d'administration peuvent être considérés comme des auteurs principaux.

[593] Sousi, Mém. op. cit. , p. 137.
[594] Crim. 4 juin 1946, J.C.P. 1947, II, 3533, note Bastian.

Il convient de se féliciter de ces précisions législatives, concernant l'auteur principal d'abus de biens sociaux, plus conforme au principe d'interprétation stricte de la loi pénale. Cependant des zones d'ombre subsistent concernant la notion de dirigeant de fait. Si l'extension de la notion de gérant à travers l'application de l'incrimination d'abus de biens sociaux apparaît téléologique pure, la notion de dirigeant de fait pourrait conduire à une dérive supra- téléologique.

§II L'évolution de la notion de dirigeant de fait: un risque d'interprétation supra- téléologique

Conformément à la loi de 1867, seules les mandataires sociaux régulièrement nommés par les organes compétents de la société pouvaient faire l'objet d'une condamnation pour abus de biens sociaux. Les gérants de fait ne pouvaient se voir appliquer ces peines. Une telle interprétation littérale privait le texte d'une partie de sa portée.

Aussi vit- on apparaître une interprétation jurisprudentielle téléologique qui s'appuyait tantôt sur la théorie du mandat,[595] tantôt sur celle de la complicité[596] pour condamner des dirigeants de faits des peines d'abus de biens sociaux. Les papiers

[595] Crim, 16 janv. 1964, D. 1964, I, 194 note J.M.

[596] Cim, 18 janv. 1956, B. 1956, n° 72.

commerciaux permettaient de prouver l'existence d'une gestion de fait. A l'inverse, l'absence de documents commerciaux relatifs à la publication d'une nomination de gérant à la tête d'une S.A.R.L. ne supprimait pas la responsabilité pénale.[597] Le législateur dans l'article L . 246-2 C . com tente d'éviter tout risque d'interprétation supra-téléologique en mentionnant expressément les dirigeants de fait: « *Les dispositions des articles... visant le président, les administrateurs, ou les directeurs généraux des sociétés anonymes et les gérants des sociétés en commandite par actions sont applicables à toute personne qui directement ou par personne interposée, aura, en fait , exercé la direction, l'administration ou la gestion des dîtes sociétés sous le couvert ou au lieu et place des dirigeants légaux* ».

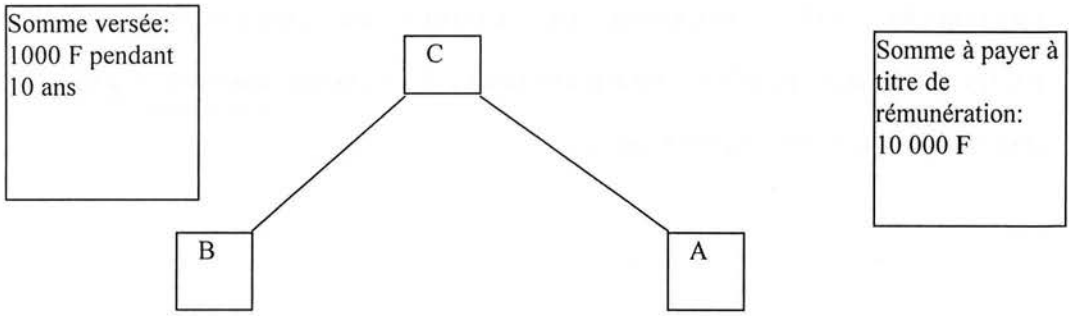
La jurisprudence la plus récente interprète strictement la notion de gérant de fait. Ainsi, dans l'arrêt Willot du 29 mai 1986,[598] les juges ont considéré que trois frères, actionnaires majoritaires et égaux en capital de la société S.F.F.A.W. étaient soit dirigeants de droit, soit dirigeants de fait, mais cette qualité ne pouvait être étendue au quatrième frère en raison des distances prises par lui envers l'administration de la société à l'époque de la prévention et de sa participation aussi éphémère que marginale au conseil de surveillance.

Dans le même sens, la Chambre criminelle[599] a décidé qu'encourent la censure les juges qui se bornent à relever que le prévenu était, par l'intermédiaire d'un tiers, le véritable porteur de la majorité des parts de la société, sans rechercher les actes caractérisant la gestion imputée au prévenu.

---

[597] Crim, 9 mars 1966, B. 1966 n° 91.
[598] J.F. Renucci et M. Cardix, « L'abus de biens sociaux », op cit, p. 72.
[599] Crim, 24 fev. 1992, rev. juris. dr. aff. 1992, n° 708.

La jurisprudence pénale semble donc s'harmoniser avec la jurisprudence fiscale qui considère comme des gérants les associés qui juridiquement et statutairement n'ont pas cette qualité, mais qui exercent les fonctions correspondantes, soit en participant avec les pouvoirs les plus étendus à la direction de l'affaire, soit en exerçant un contrôle constant et effectif sur la marche commerciale de la société.[600] Cette conception de la gérance de fait permet par exemple de sanctionner certains montages juridiques destinés à éluder la progressivité de l'impôt sur le revenu. Il s'agira souvent d'une société A française qui rémunère un gérant de fait B par l'intermédiaire d'une société C située dans un paradis fiscal. Cette rémunération a lieu par tranches non imposables ou peu imposables sur une longue période.



Cependant, certains auteurs ont une vision plus large de la notion de gestion de fait. Ils ont souligné qu'il était concevable que la simple faculté de pouvoir imposer sa volonté puisse être considérée comme une gestion de fait. Ainsi, pour M. Leinster,[601] la gestion de fait se caractérise par le pouvoir effectif d'imposer sa volonté, et non par la nature des actes accomplis directement ou indirectement. De même, pour

[600] F. Lefebvre, Mémento fiscal, 1999, n° 2048.

[601] Leinster, thèse op cit, p. 497.

M. Pinoteau, « *ce que le législateur a voulu atteindre, ce sont les personnes qui organisent l'anonymat de leur gérance pour échapper à la répression, mais qui sont en fait les maîtres de l'affaire* ».[602]

En dépit d'une jurisprudence, apparemment homogène, il existe donc un risque non négligeable d'extension supra-téléologique de la notion de gérant de fait en raison d'une trop grande imprécision législative. Il aurait été souhaitable que le législateur définisse avec davantage de rigueur la notion de gérant de fait, ce qui aurait été plus compatible avec le principe d'interprétation stricte de la loi pénale.

Cette extension possible de la notion de gérant de fait témoigne de l'élargissement de la notion d'auteur principal. On retrouve également cette extension en matière de complicité. Concernant la protection des papiers commerciaux, l'exemple du droit pénal fiscal est particulièrement significatif.

[602] Pinoteau, Le code des sociétés, LGDJ 1969, n° 543, p. 306.

§III L'évolution de l'imputabilité des personnes morales : un risque d'interprétation infra-analogique

Il existe une longue tradition à l'encontre de la responsabilité pénale des personnes morales. C'est A. Mestre[603] qui initia un véritable courant doctrinal en faveur de celle-ci sous l'influence du droit étranger et surtout en raison de l'émergence du droit pénal des affaires. En effet de nombreuses infractions sont réalisées dans le cadre d'une personne morale par des individus, or la répression de ces derniers n'est pas toujours possible. On a donc pu assister à l'émergence de textes[604] ou de projets de textes[605] de plus en plus nombreux qui laissaient transparaître la responsabilité des personnes morales.

[603] Mestre, Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale, Th. Paris, 1899.

[604] Ord. 5 mai, 30 mai et 30 juin 1945 en matière d'entreprises de presse coupables de collaboration avec l'ennemi et en matière économique de réglementation des charges ; L. 24 sept. 1941, art 23 sur la réglementation des débits de boisons ; Ord. 30 juin 1945, art 54 sur la législation économique ; L. 14 av. 1952, art. 49 et 50 sur la législation fiscale.

[605] Projet de révision du Code pénal établi en 1934 prévoyant à l'encontre des personnes morales des mesures de sûreté (Art 89) et des peines (Art 116); L'avant- projet du Code pénal de 1978 proposait d'instituer la responsabilité pénale des groupements (Art 37 et 38); L'avant projet du Code pénal de 1983 consacre sans aucune exclusion la responsabilité pénale de toutes les catégories de personnes morales.

La jurisprudence a quant- à elle peu à peu pris ses distances avec l'interprétation littérale du XIX eme selon laquelle : *« Les personnes morales ne sauraient encourir de responsabilités pénales même pécuniaires »*.[606] Ainsi, la Cour de Cassation, faisant preuve d'une juste interprétation téléologique pure, a proclamé dans une série d'arrêts échelonnés depuis la fin du XIX eme siècle jusqu'à la mise en œuvre du Code pénal actuel, que les personnes morales peuvent être pénalement responsables des infractions purement matérielles commises par leurs représentants légaux.[607]

Et dans toutes ces hypothèses, la condamnation de la personne morale *« s'explique par des motifs complémentaires. La Cour de Cassation fait dans tous ces cas application à des personnes morales de dispositions législatives ou réglementaires qui désignent la personne morale par une qualité juridique que l'on retrouve non seulement chez les êtres humains, mais aussi chez les groupements »*.[608]

La réforme entreprise par les rédacteurs du Code pénal actuel s'est imposée sans difficultés. Le législateur a donc admis dans l'article 121-2 le principe général d'une responsabilité des personnes morales. Cependant, la rédaction du nouveau Code de commerce laisse apparaître une grave lacune concernant l'incrimination d'abus de biens sociaux. En

[606] Crim. 8 mars 1883, D. 1884.1.428

[607] Crim., 7 mars 1918, D. 1921.1.217 ; Crim., 6 mars 1958, D., 1958. 465 ; Crim., 25 avril 1968, JCP, 1969. II. 16. 100, note Puech.

[608] R.Merle et A. Vitu, Traité de droit pénal Général, op cit, n° 604

effet, l'infraction d'abus de bien sociaux n'est pas au nombre de celle pouvant entraîner la responsabilité pénale de la personne morale. Or les personnes morales ne peuvent voir leur responsabilité engagée qu'à l'occasion des infractions visées par un texte (Art 121-2). Certes, a priori, la première victime d'un abus de biens sociaux est la société, mais rien n'interdit de penser que dans certaines hypothèses, le dirigeant a pu commettre cette infraction en se faisant préalablement couvrir, soit par ses associés, soit par la majorité des actionnaires. On peut également penser à un abus de biens sociaux commis par le gérant d'une filiale au préjudice d'un groupe. Cette omission, déjà soulignée lors de la rédaction du Code pénal actuel, est réitérée dans le nouveau Code de commerce. Elle est une porte ouverte à l'interprétation infra-analogique des articles L 241-3 et L 242-6 C. com. En effet, les juges seront tentés d'appliquer la responsabilité des personnes morales aux auteurs d'abus de biens sociaux, alors que celle-ci n'est clairement pas prévue par le texte.

Section II L'extension du domaine d'application de la complicité: l'exemple du droit pénal fiscal et douanier

En droit pénal des affaires et particulièrement en matière de protection des papiers commerciaux, il est possible de constater une extension du domaine d'application de la complicité. Ce phénomène est particulièrement sensible en droit pénal fiscal. Afin de lutter contre un réel manque de clarté des textes fiscaux générateur d'interprétation supra- téléologique, le législateur a été conduit à multiplier de véritables délits de complicité spécifique (§I). Cette multiplication alourdit inutilement la trame législative, puisque la plupart de ces délits entrent dans le champ d'application du délit de complicité de fraude fiscale. Et lorsqu'ils sortent de ce champ d'application, comme en matière de complicité du comptable, ils semblent s'éloigner abusivement des principes généraux du droit pénal (§II). On retrouve ce particularisme dans la notion douanière d' « *intérêt à la fraude* » profondément dérogatoire du droit commun de la complicité (§III).

§I La complicité des infractions fiscales communes

Les principes généraux de la complicité s'appliquent normalement aux infractions fiscales. Pourtant, ici encore le particularisme du droit pénal des affaires apparaît à travers l'ambiguïté des textes pénaux fiscaux A) et la multiplication de délits spéciaux B) qui tendent à empiéter sur le terrain de la complicité. le principe d'interprétation stricte de la loi s'en ressent.

A) L'ambiguïté des textes pénaux fiscaux: un terrain favorable à une interprétation supra- téléologique

En principe, les textes du droit commun sur la complicité sont applicables en droit pénal fiscal et douanier. Et c'est là une chose si naturelle qu'il ne devrait y avoir à le dire. Or en voulant le dire, les textes du Code général des impôts sèment la confusion: ils affirment que le Code pénal actuel s'applique à la complicité de certaines infractions (art 1742, 1778). Selon l'article 1742, les articles 121-6 et 121-7 du

Code pénal actuel sont applicables aux complices des délits visés à l'article 1741 (soustraction frauduleuse à l'établissement ou au paiement de l'impôt). Et selon l'article 1778 les articles 121-6 et 121- 7 sont applicables aux complices visés aux articles 1771 à 1775 et 1777 (divers sanctions pénales). Mais les délits de l'art 1743 (passation d'écritures inexactes) ne sont pas visés. Alors, qu'en est-il de ces délits?

Si les articles 1742 et 1778 CGI disposent expressément qu'ils s'appliquent aux complices des infractions qu'ils énumèrent, on ne saurait les interpréter a contrario pour exclure la complicité des autres infractions fiscales telle que la passation d'écriture inexacte réprimée par l'article 1743, il s'agirait là d'une interprétation supra-téléologique. En réalité, ce sont des circonstances historiques qui permettent d'expliquer cette référence expresse. Comme l'indique M. Cosson, la première rédaction du CGI avait donné lieu à des interprétations restrictives en matière de complicité. Pour couper cour aux hésitations jurisprudentielles, l'ordonnance N° 58- 1372 du 29 décembre 1958 a modifié les articles 1742 et 1778 du C.G.I. en précisant expressément que les articles 59 et 60 du Code pénal étaient applicables aux infractions fiscales.[609] La Chambre criminelle de la Cour de Cassation[610] s'est prononcée dans ce sens: « *...les articles 59 et 60 du Code pénal qui prévoient ou répriment la complicité des crimes ou délits ont une portée générale et s'appliquent à toute les infractions. Les dispositions de l'article 1742 CGI qui ne se réfèrent qu'aux délits prévus par l'article 1741 dudit code n'excluant point l'application des articles du code précité* ».

[609] J. Cosson , La fraude fiscale en France, G.P. 1972- II, Doct, P 411 et s.
[610] Crim, 24 nov.1980, B. 314 p. 804.

Une telle référence expresse à la complicité paraît aujourd'hui inutile et source d'ambiguïté. Les principes de clarté et précision des textes pénaux, et corrélativement celui selon lequel « *nul n'est censé ignoré la loi* » s'en ressentent. Pourtant, les principes généraux du droit pénal sont de plein droit applicables au droit pénal fiscal et seules les exceptions à ce principe méritent d'être expressément mentionnées. Mais outre une rédaction maladroite des textes pénaux fiscaux, la création de délits spéciaux, véritables « *délits de complicité* »[611], vient également troubler la situation.

B) La multiplication des délits spéciaux de complicité en droit fiscal

L'utilité de certains articles pénaux fiscaux comme les articles 1772- 1- 3° et 1743- 2° paraît discutable.

L'article 1772-1-3° punit « *quiconque est convaincu d'avoir encaissé sous son nom des coupons appartenant à des tiers en vue de faire échapper ces derniers à l'application de l'impôt*».

[611] G. Klein, Thèse op cit, p. 167.

Quant à l'article 1743-2° il punit « *quiconque, en vue de faire échapper tout ou partie de la fortune d'autrui, s'entremet soit en favorisant le dépôt de titres à l'étranger, soit en transférant ou en faisant transférer des coupons à l'étranger pour y être encaissés ou négociés, soit en émettant ou en encaissant des chèques ou tous autres instruments créés pour le paiement de dividendes, intérêts arrérages ou produits quelconques de valeurs mobilières* ».

Or, ces textes incriminent des comportements qui doivent s'analyser comme des faits de complicité par aide ou assistance à la fraude fiscale. Il n'apparaissait donc pas nécessaire de créer ces incriminations spéciales. « *A y regarder de près, les agissements décrits par ces deux textes ne s'analysent pas autrement qu'en une aide ou assistance fournie à des tiers pour leur permettre de réaliser une fraude fiscale punie par la loi* ».[612] Il convient d'ailleurs de souligner que le nouveau Code pénal a conservé le principe de criminalité d'emprunt, Et l'analyse de G. Klein demeure d'actualité. Ces textes contribuent à renforcer une inflation législative particulièrement sensible en droit pénal fiscal et tout à fait nuisible au principe d'interprétation stricte de la loi.

Le même phénomène s'observe concernant la complicité du comptable.

[612] Klein, op cit, n° 188.

§II La complicité du comptable fraudeur

La fraude fiscale suppose quasi nécessairement une manipulation de la comptabilité. Il peut s'agir d'une minoration des comptes de produits (comptes de classe 7), d'une majoration des comptes de charges (comptes de classe 6), d'un transfert de somme dans les comptes de tiers, de majoration de T.V.A. déductible, ou de minoration de T.V.A. collectée. Dans toutes ces hypothèses il peut être reproché au comptable, dès lors que l'intention est démontrée, soit un acte principal (ce qui est rare en pratique), soit un fait de complicité. Dès lors que le comptable est un salarié il sera soumis au droit commun de la complicité, et le lien de subordination n'est pas un fait justificatif.[613] Rappelons que le complice de droit commun est l'individu qui sans accomplir personnellement les éléments constitutifs de l'infraction imputables à l'auteur, a seulement facilité ou provoqué l'action principale par des agissements d'une importance matérielle secondaire: aide ou assistance, fourniture de moyens, instigation. Selon l'article 121-7 du Code pénal actuel, « *Est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation. Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre* ».

[613] Crim 19 mars 1969, B.123; Dans le même sens, Trib. correct. Marseille 26 nov. 1946, Proced. Rép. droit com. n°18 p 166.

Le comptable libéral, celui qui travail pour son propre compte, est quant à lui soumis à des « *délits de complicité* » spécifiques, prévus par les articles 1772- 1° et 1767. Là encore le phénomène d'inflation législative est patent.

Selon l'article 1772-1° « *Sont passibles de... Tout agent d'affaires, expert et tout autre personne qui fait profession, soit pour son compte, soit comme dirigeant ou agent salarié de société, association, groupement ou entreprise quelconque, de tenir les écritures comptables de plusieurs clients et qui est convaincu d'avoir établi ou aidé à établir de faux bilans inventaires, comptes et documents, de quelque nature qu'ils soient, produits pour la détermination des bases des impôts dus par lesdits clients* ».

Ce texte énumère un certain nombre de papiers commerciaux sans en donner une liste limitative: faux bilans, inventaires, comptes... Il est donc destiné à frapper le comptable qui produit des documents comptables mensongers à l'appui des déclarations fiscales de ses clients ou des demandes de renseignement de l'administration fiscale. Il s'agit ni plus ni moins pour le comptable que d'un acte de complicité du délit de fraude fiscale réalisé par son client. L'article 1772- 1° est donc totalement inutile et le droit commun suffirait à frapper les comptables du chef de complicité.

L'article 1767 paraît encore plus contestable. Selon cet article, « *Tout agent d'affaires, expert, expert- comptable ou tout autre personne, association, groupement ou société faisant profession d'organiser, de vérifier, d'apprécier, de redresser les comptabilités ou de tenir ou d'aider à tenir les écritures comptables de plusieurs clients, qui*

a apporté son concours à l'établissement ou à l'utilisation de documents inexacts est sans préjudice des peines applicables en vertu des articles 1772 et 1775 passible de... ». L'élément matériel de cette infraction est identique à celui de l'article 1772-1°. Mais il n'est pas nécessaire d'établir une intention coupable. Il crée une véritable « *présomption de complicité* ». Or la complicité ne peut résulter que d'un acte volontaire. Il semble peu souhaitable que le droit pénal fiscal s'éloigne à l'excès des principes généraux du droit pénal sous peine de porter atteinte aux droits de la défense. Ici encore on peut se demander si la simple complicité de fraude fiscale n'aurait pas suffit à assurer une protection suffisante des papiers commerciaux dans un plus grand respect du principe de légalité des délits et des peines.

Une conception extensive de la relation de participation à l'infraction se retrouve également dans l'admission de la notion d'intérêt à la fraude en droit pénal douanier.

§III La notion d'intérêt à la fraude en droit pénal douanier

La notion d'intérêt à la fraude[614] est une sorte de complicité spéciale aux contours assez fuyants. Elle concerne selon l'article 399 du Code des douanes ceux « *qui ont participé comme intéressés d'une manière quelconque à un délit de contrebande ou à un délit d'importation ou d'exportation sans déclaration...* ». Elle permet de poursuivre toute personne qui de près ou de loin se trouve mêlée à un délit de contrebande ou d'importation ou d'exportation sans déclaration. Les intéressés à la fraude relèvent des mêmes peines que les auteurs des délits proprement dits. On comprend combien cette notion est imprécise et susceptible d'interprétation supra –téléologique même si un effort a été fait dans le Code actuel pour définir avec plus de précision les personnes pénalement tenus comme intéressés à la fraude.

En effet, il existe une véritable présomption d'intéressement à la fraude concernant 3 catégories de personnes :

- les entrepreneurs, membres d'entreprise, assureurs, assurés, bailleurs de fonds, propriétaires de marchandises, et, en général, ceux qui ont un intérêt direct à la fraude (Art.399-al 2-a). Par entrepreneur, il faut entendre ceux qui collaborent à une série d'actes de contrebande d'après un plan organisé et unique,[615] par assureurs, ceux qui garantissent aux fraudeurs une indemnité en cas d'échec de leurs opérations. Malgré tout, ces définitions restent extrêmement floues. Aussi, Une simple signature au bas d'un papier commercial (contrat

[614] Sur la notion d'intérêt à la fraude, Berr et Trémeau. Le droit pénal douanier, 2 eme éd.., 1980, n°679 et s.
[615] Crim, 12 oct. 1859, D, 1859.1.478.

commercial, factures, effet de commerce) suffit a entraîner une présomption d'intérêt à la fraude difficilement réfragable ; et que dire des « *autres intéressés à la fraude* », ce sont tous ceux qui ne peuvent entrer dans une des catégories précédentes. Seule la force majeure, l'état de nécessité, ou l'erreur invincible permettent d'échapper aux sanctions pénales (Art 399 al 3).

On retrouve la même imprécision dans la seconde catégorie de personnes visées par ce texte (Art. 339 al 2- b). Sont ainsi concernés ceux qui :

- « *ont coopéré d'une manière quelconque à un ensemble d'actes accomplis par un certain nombre d'individus agissant de concert, d'après un plan de fraude arrêté pour assurer le résultat poursuivi en commun* ».

Les hypothèses envisageables sont extrêmement variées : il peut s'agir d'indications, de mises en contact d'individus, d'aide ou d'assistance matérielle, de fournitures de moyens,[616] pouvant se traduire par des virements bancaires, des dépôts d'espèces, des paiements par chèques, et plus généralement de tous agissements, mêmes postérieurs aux délits douaniers commis,[617] et peu importe que l'intéressé en fait n'ait pas tiré profit personnel de son activité.[618] La Cour de cassation exige seulement que l'intention résulte implicitement des agissements matériels relevés contre le coupable.[619] Et là encore seuls l'erreur invincible, l'état de nécessité et la force majeure exonèrent le prévenu de sa responsabilité pénale.

[616] Crim, 7 déc. 1966, B. 283.
[617] Crim, 27 av. 1967, B. 130.
[618] Crim, 13 fév. 1964, B. 53.
[619] Crim, 13 mars 1978, RSC, 1979. 326, obs. A. Vitu.

La troisième catégorie de personne visée est tout aussi imprécise. Il s'agit de « *ceux qui ont sciemment, soit couvert les agissements des fraudeurs ou tenté de leur procurer l'impunité, soit acheté ou détenu, même en dehors du rayon, des marchandises provenant d'un délit de contrebande ou d'importation sans déclaration* ». il s'agit des individus qui par leur activité ou même après leur abstention, ont permis aux fraudeurs d'échapper aux poursuites ou qui après l'achèvement du plan de fraude, achètent ou reçoivent gratuitement tout ou partie de la marchandise de provenance illicite. Certes, dans ces hypothèses, la mauvaise foi doit être spécialement établie. Mais c'est là une exigence tout à fait exceptionnelle en droit pénal douanier.[620] Et il n'en demeure pas moins que ces agissements, a posteriori, ne pourraient en aucun cas relever des règles ordinaires de la complicité. La notion d'intérêt à la fraude déroge donc profondément aux règles du droit commun de la complicité et constitue un exemple frappant d'imprécision législative en droit pénal des affaires, porte grande ouverte au risque d'interprétation supra- téléologique.

[620] Crim, 30 oct. 1978, D. 1979.200, note Berr.

Section III: L'admission progressive de la responsabilité du fait d'autrui en droit pénal des affaires

Le principe initial de l'irresponsabilité pénale du fait d'autrui (§I) a progressivement été remis en cause en matière de responsabilité pénale du chef d'entreprise (§II).

§I Le principe initial de l'irresponsabilité pénale du fait d'autrui

La personne qui reste matériellement étrangère au délit poursuivi ne peut être punie. Contrairement au droit civil (art 1384 al 2 C. civ.), le droit pénal n'admet pas en principe la responsabilité du fait d'autrui. Le droit pénal ne connaît pas le système de responsabilité « *par contagion* » parfois adopté par des législations primitives ou par des Etats autoritaires.[621]

[621] L'ancien droit français punissait le crime de lèse- majesté de mort pour l'auteur et de bannissement accompagné de confiscation des biens pour la famille de l'auteur. De même, l'art. 7 du Code pénal soviétique de 1922 prescrivait que tombent sous le coup de la loi pénale des personnes qui présentent un danger « par leurs attaches avec un milieu dangereux ».

On doit d'ailleurs se féliciter de la consécration du principe d'irresponsabilité pénale du fait d'autrui dans le Code pénal actuel par l'article. 121-1 selon lequel « *la responsabilité pénale ne peut résulter que d'un fait personnel* ». Parfois cependant, une personne a pu favoriser indirectement des agissements délictueux sans y avoir physiquement participé. Cette hypothèse est fréquente en matière de délits réalisés au moyen de papiers commerciaux. Il s'agit le plus souvent d'affaires complexes qui impliquent la participation de plusieurs individus à des degrés divers mais sans que l'implication du chef d'entreprise soit démontrée de manière certaine. En principe, la responsabilité pénale du chef d'entreprise ne devrait pas être engagée dès lors qu'il existe un doute sur sa participation réelle aux faits incriminés.

Mais, le droit pénal des affaires, tournant le dos au principe d'irresponsabilité pénale du fait d'autrui, s'est engagé dans la voie d'une répression accrue du chef d'entreprise parfois considéré comme pénalement responsable du fait d'autrui.

§ II La remise en cause du principe: la responsabilité pénale du chef d'entreprise

La jurisprudence contemporaine et la loi se sont « *préoccupées de rechercher la responsabilité pénale dans ses manifestations les plus diffuses et dans ses causes les plus lointaines* ».[622] Cette tendance particulièrement nette en matière de protection des papiers commerciaux peut parfois apparaître comme contestable car portant atteinte à un principe fondamental du droit pénal: l'interprétation stricte de la loi pénale.

Certes, il existe de nombreux règlements qui restreignent la liberté du commerce et de l'industrie. L'admission de la seule responsabilité des individus qui exécutent matériellement l'infraction priverait ces textes d'une grande partie de leur portée. « *Si l'on ne veut pas que ces prescriptions deviennent illusoires, il faut établir d'autres responsables* ».[623] Pour certains, c'est le droit pénal qui s'ouvre aux considérations sociales que la Cour de cassation « *a déjà fait pénétrer notamment par l'instauration de la responsabilité sans faute dans les autres branches du droit privé* ».[624]

Mais la jurisprudence tant civile que pénale ou administrative a eu tendance depuis le XIX eme siècle à se rapprocher de la théorie du risque. De plus, la doctrine administrative ainsi que le

[622] R. Merle et A. Vitu, op cit, n° 525.
[623] Roux, op cit, I, p 359.
[624] De Lestang, J.C.P. 1956, II, 9098.

législateur ont tendance à assimiler la faute contraventionnelle à une responsabilité mécanique. On retrouve largement cette orientation en droit pénal des affaires et particulièrement en droit pénal fiscal. Ainsi, certaines pénalités de retard ont elles un caractère automatique en dehors de toute faute (Art. 1727 et 1727 A C.G.I.). Or, à moins de considérer qu'il s'agit de sanctions purement administratives, cette direction paraît peu conforme aux principes généraux du droit pénal par nature rétributif. En effet, la responsabilité pénale ne peut s'expliquer que par la notion de faute. En matière de responsabilité pénale du chef d'entreprise, il convient donc de rechercher dans son comportement une faute, même s'il n'a pas exécuté matériellement l'infraction. Il s'agit généralement d'un défaut de surveillance des préposés. Or cette analyse désormais classique[625] est malheureusement remise en cause en matière de papiers commerciaux non seulement par de nombreux textes dérogatoires au droit commun, mais également par des interprétations parfois supra-téléologiques voire infra- analogiques. Le phénomène est particulièrement sensible en droit pénal fiscal, et s'il n'apparaît pas dans l'interprétation de l'article 1777 (CGI) A), il est patent lorsque l'on aborde la responsabilité du chef d'une entreprise réglementé B).

[625] Pouvoir et responsabilité en droit pénal social, Droit social, 1975. 401.

A) L'interprétation téléologique pure du principe contenu dans l'art. 1777 C.G.I.

Selon l'article 1777 CGI, « *Lorsque le délinquant est une société ou une association, les peines prévues à l'article 1771 et au deuxième alinéa de l'article 1775 sont applicables personnellement aux présidents directeurs généraux, directeurs, gérants et en général, à toute personne ayant qualité pour représenter la société ou l'association* ».

Cet article introduit contre le dirigeant une responsabilité pénale qui incomberait normalement à la personne morale. Le maintien de cet article peut paraître d'autant plus surprenant que la responsabilité pénale des personnes morales est désormais admise par notre code pénal (art. 121- 2). Mais si la personne morale peut effectivement être condamnée, il n'en reste pas moins qu'en réalité le délit est commis par les dirigeants de la société. Les dirigeants sont punis en raison de leurs faits personnels, le principe de la responsabilité pénale du fait personnel n'est donc pas entaché par cet article dont la jurisprudence fait une interprétation téléologique pure. Ainsi, un chef d'entreprise ne peut arguer pour sa défense qu'il n'est pas lui même l'auteur des déclarations frauduleuses, mais qu'elles sont l'œuvre de la personne morale dont il n'est que le représentant. Matériellement, c'est le dirigeant qui a signé les lettres d'envois des déclarations, les bilans et comptes de résultats qui les accompagnaient. Cette interprétation permet de lutter contre un montage juridique fréquent: un exploitant A d'un fonds de commerce constitue une société civile immobilière B qui lui louera les locaux de son commerce généralement exploité sous forme

de S.A.R.L. . La responsabilité pécuniaire du dirigeant est donc doublement limitée par la S.C.I. et par la S.A.R.L. Ainsi, en cas de liquidation judiciaire de la S.A.R.L., les créanciers ne peuvent saisir les biens immobiliers qui sont la propriété de la société civile immobilière. Ils ne peuvent non plus saisir les biens mobiliers du gérant, protégé par les statuts de la société à responsabilité limitée. Seule la preuve d'une responsabilité pénale du dirigeant peut permettre au fisc de briser ces écrans et d'atteindre le patrimoine personnel du dirigeant. La protection des papiers commerciaux est donc convenablement assurée par l'article 1777 C.G.I.

La responsabilité des dirigeants de fait d'une société appelle des remarques comparables. Selon une jurisprudence constante,[626] lorsqu'on est en présence d'une personne morale, les délits fiscaux (art 1741 et 1743 CGI) peuvent s'appliquer aux dirigeants de droits, mais également aux dirigeants de fait. Il est naturel que les véritables « *décideurs* » puissent être sanctionnés et ne puissent pas se retrancher derrière des hommes de paille.

Dans toutes ces hypothèses, le principe selon lequel on ne peut être responsable que de son propre fait est ici parfaitement respecté. Ce n'est plus le cas, dès lors que l'on envisage la responsabilité du chef d'une entreprise réglementé.

[626] Crim, 21 déc. 1960 J.C.P. 61- II 12415 Note Level; 21 Déc. 1971 B. 366 P. 919, D. 1972 P. 465 note J.M.R. ; 3 fév. 1972 B.44 P. 106.

B) Une interprétation supra-téléologique: la responsabilité du chef d'une entreprise réglementée.

Le seul fait pour un dirigeant d'exercer une activité soumise à la réglementation des contributions indirectes peut avoir pour conséquence d'entraîner sa responsabilité pénale quand bien même il serait démontré qu'il n'a pas lui même participé à la commission du délit. C'est le cas en matière d'exploitation minière,[627] de transport,[628] de cinéma,[629] de commerce de boissons... Cette responsabilité pèse tant sur le dirigeant de droit[630] que sur le dirigeant de fait.[631] Elle trouve son origine dans les agissements quelconques qui réalisent matériellement une infraction à cette réglementation. Généralement ces agissements sont liés à l'usage de papiers commerciaux. Selon les termes de la Chambre criminelle: « *La responsabilité remonte essentiellement aux chefs d'entreprise a qui sont*

[627] Crim 6 janv ; 1938, B. 5
[628] Crim 23 janv. 1963 B.O.C.I.. 63-II-118 P . 183.
[629] Crim 17 oct. 1967 R.J.C.I. 67- I- 37.
[630] Crim, 1 3 déc. 1973 B. 467 P.1174; Crim, 26 mars 1974 B.O.D.G.I. 2 L. 31. 74.
[631] Crim, 27 oct. 1971 R.J. 71. I. p. 50; 5 oct. 1972 B.O.D.G.I. 2L. 40. 72.

personnellement imposées les conditions et le mode d'exploitation de leur industrie ou de leur commerce ».[632]

Le fondement de cette responsabilité consiste dans une faute de surveillance du chef d'entreprise, qui n'a su veiller à ce que son personnel respecte la réglementation. Mais cette faute n'a pas à être établie par les autorités de poursuite, elle est présumée du seul fait que l'infraction du subordonné est matériellement établie. De plus, cette présomption présente un caractère irréfragable, il ne peut échapper à la répression en démontrant la contrainte. La responsabilité du chef d'entreprise est donc quasi automatique dès lors que la réglementation n'a pas été respectée dans son entreprise. Les éléments matériels et moraux propres à la réalisation de tout délit sont ici complètement absent.[633] Comme M. Klein,[634] force est de constater que le principe selon lequel la responsabilité pénale ne peut résulter que d'un fait personnel est en l'espèce « *radicalement méconnue* ». Cette solution est d'ailleurs commune à toutes les entreprises ou professions soumises à réglementation administrative. C'est ainsi que le chef d'entreprise répond personnellement des infractions à la réglementation de la sécurité sociale et du travail, des infractions en matière économique. On assiste ainsi selon M. Schutz à une véritable *« socialisation de la responsabilité pénale* ».[635]

---

[632] Crim, 25 av. 1968 précité.
[633] Ces délits sont désormais de la compétence des douanes. Mais cela ne devrait pas changer grand chose
[634] Klein, Thèse op cit, n°364.
[635] Schutz, « Le principe de la personnalité des peines en droit pénal Français, Thèse dac. Nancy 1967.

Le non respect du principe selon lequel « *La responsabilité pénale ne peut résulter que d'un fait personnel* » n'incombe pas ici au juge, mais au législateur. En effet, en multipliant les textes, « *dictés par des nécessités pressantes, que ce soient des considérations économiques ou de sécurité des travailleurs..* »,[636] en créant des textes expressément contraires au principe de responsabilité personnelle (comme l'article 1805 al 1 CGI)[637], le législateur n'a fait que renforcer une confusion qui s'oppose au principe d'interprétation stricte de la loi pénale. L'interprétation de tels textes qui ne répondent ni à l'impératif de clarté, ni à celui de précision, conduit tout naturellement à une interprétation supra- téléologique contestable.

[636] Klein, thèse, n°365.

[637] L'article1805 al 1, consacre une véritable responsabilité pénale du propriétaire de marchandises du fait de ses employés.

CHAPITRE II LA SEVERITE DE LA SANCTION

Il ressort de l'étude de la protection des papiers commerciaux en droit pénal des affaires, que la jurisprudence tend à interpréter de manière extrêmement large les textes pénaux et, dans le pire des cas, de manière infra- analogique. Ce phénomène se produit au cours de l'opération de qualification. Curieusement, la pratique de l'interprétation littérale pure ou supra- littérale semble se produire beaucoup plus fréquemment au stade du prononcé de la peine. Les juges, sous la pression du législateur, dès lors qu'ils ont qualifiés les faits paraissent ne plus utiliser le mode d'interprétation téléologique pure pour adopter une méthode d'interprétation des textes littérale; ce qui entraîne un recul de l'individualisation des sanctions et concourt en droit pénal des affaires au renforcement de la sévérité des peines tant au niveau du prononcé des sanctions que de leur exécution.

SECTION I : LE PRONONCE DE LA SANCTION

Le droit pénal des affaires apparaît encore une fois dérogatoire au droit pénal général. En effet, en droit pénal des affaires, la sévérité quant au prononcé de la sanction se renforce en raison du maintien de certains minima, de l'aggravation de certaines peines (§I), et du régime des peines accessoires (§II).

§I : Le maintien de certains minima et l'aggravation des peines

Le maintien de peines minimales en matière fiscale et douanière A), le système d'aggravation des peines B), contribuent à la dureté du régime d'application des sanctions concernant les délits d'affaires liés à l'usage de papiers commerciaux.

A) Le maintien de certaines peines minimales en matière fiscale et douanière

Dans le Code Pénal actuel, le législateur a abandonné le système dit de la « *fourchette* »; qu'il s'agisse de l'emprisonnement ou de l'amende, les minima sont supprimés, seuls les maxima demeurent. Les deux textes essentiels sont les articles 132-19 al 1er et 132- 20.

Selon le premier, « *lorsqu'une infraction est punie d'une peine d'emprisonnement, la juridiction peut prononcer une peine d'emprisonnement pour une durée inférieure à celle qui est encourue* ».

Selon le second, « *lorsqu'une infraction est punie d'une peine d'amende, la juridiction peut prononcer une amende d'un montant inférieur à celle qui est encourue* ». En conséquence, le juge peut librement descendre aussi bas qu'il l'entend dans l'échelle de la peine. La décision du juge n'a plus à être motivée par l'octroi de circonstances atténuantes, comme par le passé. Cette évolution qui va dans le sens d'une plus grande individualisation des peines n'a que partiellement touché le droit pénal des affaires.

En matière de protection des papiers commerciaux, l'individualisation des peines est limitée par le maintien de certaines peines minimales. Il faut remarquer que, de tout temps, les amendes fiscales ont obéi à un régime juridique complexe: dans son ouvrage, Labbé écrit que cette question est « *très célèbre en doctrine et en*

jurisprudence et des plus intéressantes à examiner, surtout comme étude jurisprudentielle »[638]. Donnedieu de Vabres donne également à cet égard un exposé détaillé du problème.[639] Ainsi, d'après certains auteurs, comme Garraud[640] ou Desjardins,[641] l'amende fiscale serait une peine et non une réparation civile, auquel cas les dispositions des articles 132-19 et 132-20 seraient applicables. Mais selon la doctrine moderne,[642] il est permis de penser qu'entre l'amende répressive édictée par le code pénal et l'amende civile due à titre de dommages- intérêts, il y a place pour une troisième catégorie, l'amende fiscale, qui participe des deux autres. Le régime des amendes fiscales est donc un régime hybride qui emprunte à la fois à celui des peines et à celui des condamnations civiles.

Le problème est identique en matière douanière. Dans un arrêt, la Cour d'appel de St Denis de la réunion , se fondant sur l'article 323 de la loi d'adaptation (qui abroge toute référence à l'article 463 du Code pénal relatif aux circonstances atténuantes), avait estimé que les juges disposaient de toute latitude pour réduire le montant des confiscations et des amendes fiscales douanières[643], même en dessous du tiers de la valeur des marchandises ou du montant nominal de l'amende. Mais la Chambre criminelle de la Cour de cassation [644] a considéré que l'amende et la confiscation avaient un double caractère de peine et de réparation et que la loi d'adaptation n'avait pas modifié l'article 369, al 1er du code des douanes.

---

[638] Labbé, « De l'amende en matière pénale et fiscale », Th. Paris 1894; Desserteaux, des caractères juridiques de l'amende fiscale, Journ. Parquets 1910. 1. 127 et s.; Garçon, Code pénal annoté, 2eme éd. , art. 9, n° 109 et s. ; Bourrel, Encycl. Dalloz, Rép. dr.pén. et proc. pénale, v°amende fiscale.
[639] Donnedieu de Vabres, Tr. dr. criminel, 3eme éd. 1947, n° 659.
[640] Garraud, traité de droit pénal, T. II, 2 eme éd., n° 441 et 445.
[641] Desjardins, concl. D.P. 1881. 1. 103.
[642] Enyclopédie Dall., Amendes Fiscales, n° 26.
[643] Il faut remarquer que cet arrêt assimile le régime des infractions douanières aux infracctions fiscales.
[644] Crim, 24 oct 1996, B. 373; RSC 1997, p 635 n° 14, obs Bouloc.

Par conséquent, on peut dire qu'en matière d'infractions fiscales ou douanières, les peines minimales demeurent. La loi fiscale ou douanière n'a donc pas été adaptée aux nouveaux principes du droit pénal. Une telle mixité des peines paraît peu satisfaisante au regard du principe d'interprétation stricte de la loi pénale. Soit ces amendes ont un caractère pénal stricto sensu, auquel cas on doit leur appliquer le régime de droit pénal général, soit elles sont de nature civile, dès lors elles sortent du champ d'application du droit pénal et il ne saurait plus être question de peines minimales. Il est regrettable que le pouvoir d'individualisation de la peine soit ainsi restreint pour le juge de manière dérogatoire au droit commun. Ce caractère restrictif du pouvoir d'individualisation des peines réapparaît en matière d'aggravation de la peine. Le juge est en effet parfois contraint d'aggraver les sanctions prononcées dès lors qu'elles concernent la protection des papiers commerciaux.

B) L'aggravation en raison de la nature de la faute commise

En droit pénal général, les règles d'aggravation des peines sont clairement définies par le Code pénal, notamment en matière de récidive. Le Code pénal de 1810 faisait de la récidive une circonstance aggravante qui pouvait entraîner jusqu'au doublement de la peine encourue (art. 56). L'avant projet de Code pénal de 1978 supprimait cependant la récidive comme cause d'aggravation de la répression, ce

qui aurait permis d'accroître la liberté du juge. L'abandon de la récidive était compensé par un élargissement du domaine du régime de sûreté. L'application de ce régime « *étant fondée sur la dangerosité réelle du délinquant appréciée au regard non plus de la nature de l'infraction commise, mais du quantum de la condamnation prononcée et du passé judiciaire* ». Le Code pénal de 1994 a maintenu la récidive comme cause d'aggravation de la peine. La distinction entre la récidive spéciale et générale est maintenue, ainsi que la distinction entre récidive perpétuelle et temporaire. La petite récidive correctionnelle quant à elle disparaît. L'innovation qui touche le plus directement la protection des papiers commerciaux est sans doute la récidive des personnes morales. Cependant, encore une fois, le particularisme de la protection des papiers commerciaux apparaît en droit pénal des affaires.

Ainsi, la répression de certaines infractions fiscales destinées à protéger les papiers commerciaux obéissent à des règles dérogatoires.

Par exemple, l'article 1737 permet de sanctionner une opposition à un contrôle fiscal. Il peut s'agir du refus de présenter des documents comptables lors d'un contrôle fiscal sur place. La récidive entraîne ici une modification de la nature des pénalités applicables. selon l'art 1746-1° du C.G.I., « *En cas de récidive de l'infraction définie à l'art. 1737, le tribunal peut outre l'amende fiscale prévue audit article, prononcer une peine de six mois de prison* ». D'une sanction fiscale de nature purement administrative, on passe à une sanction de nature pénale. La peine est ici sévèrement alourdie. Une simple sanction de nature pécuniaire, une amende, peut se muer en une peine privative de liberté en cas de récidive. La progressivité de la sanction, son adéquation à la faute commise semble ici singulièrement restreinte.

Il existe cependant des exemples encore plus frappants de la sévérité du droit pénal fiscal par rapport au droit pénal général en matière de protection des papiers commerciaux. Il s'agit de la récidive organisée par l'article 1789 CGI. Selon ce texte, toute récidive intentionnelle relative aux infractions des art 1725 (défaut de production de certains documents dans les délais prescrits), 1726 (omissions ou inexactitudes dans certains documents), 1729 (bases d'impositions ou éléments servant à la liquidation de l'impôt insuffisants, inexacts ou incomplets), 1740 (contravention aux dispositions relatives au droit de communication) et 1784 (inobservation de certaines formalités), provoque la compétence du tribunal correctionnel. La peine encourue change encore une fois de nature. D'une simple amende fiscale, on passe à une amende pénale[645]. Cette récidive n'est cependant pas une récidive de droit commun. En effet, la récidive de droit commun suppose entre les deux infractions une condamnation judiciaire devenue définitive. Or, dans ce cas, une simple sanction administrative conditionne l'application de l'article 1789. Selon la Cour de Cassation, « *Le législateur, qui n'a pas organisé en la matière un véritable système de récidive, a seulement subordonné l'application des peines édictées par l'article 1789 CGI et, par suite, la compétence de la juridiction correctionnelle pour statuer, au fait que l'auteur d'une infraction commise intentionnellement aura préalablement reçu <u>un avertissement</u> à raison d'une précédente condamnation* »[646]. La raison d'être de ce particularisme s'explique par l'insuffisance de la répression administrative lorsque l'on est en présence de répétition des mêmes faits délictueux après un avertissement préalable ayant revêtu la

[645] Il existe plusieurs cas de récidives qui modifient la nature de l'infraction dans des domaines aussi variés que la protection maternelle et infantile (art 22 et 31 ord. 2 nov. 1945), ou le code des boissons publiques 'art. L. 166 code des boissons publiques) cf Encyclopédie Dalloz, Rép. Dr. pén. et proc. pén., v° récidive, n° 61 et s.
[646] Crim, 7 mars 1924 D.H. 1924 p. 283; 30 av. 1963 B. 158 p. 321.

forme d'une condamnation administrative. Ce particularisme tient à la double nature administrative et pénale de certaines sanctions fiscales.

Ce particularisme existe également en droit pénal douanier où il a fait l'objet de vives critiques.[647] Ce système original de la récidive doit cependant être approuvé, car il permet d'adapter la répression à la gravité de la faute commise. M. Klein parle de « *pont* »[648] posé entre la répression administrative et judiciaire. En définitive, cet « *avertissement préalable* » doit s'analyser davantage comme une condition de recevabilité de l'action pénale que comme une application stricte du système de la récidive. La Chambre criminelle a cependant veillé, dans le cadre d'une interprétation téléologique pure, à rapprocher cette récidive spéciale de la récidive de droit commun. Pour que les peines de l'art 1789 CGI soient applicables, il faut que le contrevenant ait déjà été frappé pour une première infraction d'une sanction administrative ayant définitivement reconnu sa responsabilité. Cette solution a le mérite d'éviter l'écueil de l'interprétation littérale de l'art. 1789 qui mentionne l'hypothèse d'un contrevenant « *ayant encouru depuis moins de trois ans une amende fiscale* ». En effet, à s'en tenir à la lettre du texte, le simple fait d'avoir encouru une amende fiscale suffirait à justifier l'application de l'art. 1789. Heureusement la Chambre criminelle soumet l'application de ce texte à l'existence préalable d'une sanction administrative prononcée. Cette interprétation téléologique pure doit être approuvée en matière de protection des papiers commerciaux, car comme le soutient justement M. Klein, « *le passage de la répression administrative à la répression judiciaire se*

[647] Berr et Trémeau, le droit pénal douanier, 2 eme éd, 1980.
[648] Klein, thèse op cit,p 233.

traduit en effet par un tel surcroît de sévérité que le contrevenant doit en être prévenu par l'infliction d'une première sanction ».[649]

Cette législation s'oppose tout de même à la tendance actuelle qui est à supprimer beaucoup de règles qui dérogent au droit commun. Ainsi, en droit pénal militaire, la loi 99- 929 du 10 novembre 1999, portant réforme du Code de justice militaire et de la procédure pénale en est un exemple très net (la procédure d'appel devant la Cour d'appel de Paris, art 1 nouveau; le jugement des crimes, art 7 nouveau; sont alignés sur le droit commun).[650]

Le même mouvement d'uniformisation se retrouve d'ailleurs en droit fiscal. Ainsi, les sanctions fiscales à caractère répressif (à l'exclusion des intérêts de retard) peuvent constituer des « *accusations en matière pénale* » au sens de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme, relatif aux droits de la défense. Le juge pénal a donc, selon la Chambre criminelle de la Cour de cassation, le pouvoir de se prononcer sur le montant et le principe d'une sanction, et le principe des pénalités fixes est contraire à la convention. Pourtant, en droit pénal des affaires, les peines accessoires conservent un caractère automatique. N'y a - t-il pas là un risque d'interprétation littérale d'une sévérité excessive?

---

[649] G. Klein, Thèse op cit, p. 232.

[650] Selon le rapporteur Jean Michel, « Il nous est en effet paru particulièrement nécessaire de procéder à une codification du Code de justice militaire en raison des renvois permanents entre le Code de procédure pénal et le Code de justice militaire... » J.O. 1998, Débats parlementaires 56- 69, compte rendu des séances du mercredi 10 juin 1998 P. 4947.

§ II Les peines accessoires et complémentaires

Les peines applicables aux délinquants d'affaires peuvent être classées en peines principales, peines complémentaires et accessoires. Les peines principales sont celles que la loi prévoit à titre principal par exemple l'emprisonnement ou l'amende. Les peines complémentaires et accessoires sont celles qui dans les cas particuliers prévus par des textes s'ajoutent à la peine principale comme l'interdiction d'exercer une profession commerciale. Les peines complémentaires ne sont exécutoires que si elles sont prononcées par un juge. En revanche les peines accessoires sont automatiques. Elles sont attachées à la prononciation de certaines peines principales . Si les peines complémentaires permettent d'individualiser les peines liées aux infractions relatives au droit pénal des affaires A), les peines accessoires, de part leur automaticité, font l'objet de nombreuses critiques de la part de la doctrine B). Elles entraînent en raison de leur nature une application rigide et littérale pure de la loi pénale, ce qui est peu compatible avec une certaine souplesse, dans l'application des peines, nécessaire à la protection des papiers commerciaux. En principe, elles ont été supprimées par l'article 132- 17 du Code pénal actuel selon lequel « *aucune peine ne peut être appliquées si la juridiction ne l'a pas expressément prononcée* ». Mais ces peines accessoires continuent de poser des problèmes, qui apparaîtront un peu plus loin.

A) Les peines complémentaires: une interprétation téléologique pure

Le Code pénal actuel prévoit diverses peines complémentaires pour les infractions liées aux papiers commerciaux. La liste des peines complémentaires est donnée par l'article 131-10: « *Lorsque la loi le prévoit, un crime ou un délit peut être sanctionné d'une ou de plusieurs peines complémentaires qui, frappant les personnes physiques, emportent interdiction, déchéance, incapacité ou retrait d'un droit, immobilisation ou confiscation d'un objet, fermeture d'un établissement ou affichage de la décision prononcée ou diffusion de celle- ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication audiovisuel* ». Cette énumération large permet au législateur de prévoir au cas par cas, pour chaque incrimination des peines complémentaires. Le régime des diverses peines complémentaires est décrit aux art. 131- 19 et s. sous la rubrique « *Du contenu et des modalités d'application de certaines peines* ».

Ces peines complémentaires sont toutes des peines facultatives, favorisant une interprétation téléologique pure selon laquelle une disposition doit être interprétée de façon à atteindre le but que s'est proposé le législateur, ou même « *celui qu'il se serait proposé s'il avait dû ou pu envisager la situation particulière qu'il s'agit de*

régler ».[651] La notion de peine complémentaire obligatoire disparaît donc. Parmi les peines complémentaires liées à la protection des papiers commerciaux, il convient de citer:

- l'interdiction d'émettre des chèques (art 131-19 Code pénal actuel);

- l'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou sociale qui peut porter sur l'activité liée à l'infraction commise comme l'utilisation frauduleuse de papiers commerciaux ou sur toute autre activité définie par la loi qui réprime l'infraction (art 131- 28 Code pénal actuel);

- la peine complémentaire de fermeture d'établissement qui consiste en l'interdiction d'exercer l'activité à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise (art. 131-33 Code pénal actuel)[652]

- l'exclusion des marchés publics qui est définie comme « *l'interdiction de participer directement ou indirectement, à tout marché conclu par l'Etat et ses établissements publics, les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics, ainsi que par des entreprises concédées ou contrôlées par l'Etat ou par les collectivités territoriales ou leurs groupements* » (art. 131-34 Code pénal actuel); cette

[651] R. Merle et A. Vitu, Traité, op cit, n° 173.

[652] Crim, 24 janv. 1996 B. 43, Dr pénal 1996. 191, obs J. Robert.

peine apparaît en droit pénal des affaires en cas d'escroquerie, d'organisation frauduleuse d'insolvabilité ou de recel.

- l'art. 131-35 du Code pénal actuel qui prévoit l'affichage ou la diffusion de la décision de condamnation notamment en matière d'escroquerie.

Il convient de remarquer que certaines peines complémentaires spécifiques s'appliquent également à l'incrimination d'abus de biens sociaux. Ainsi, par application de l'art 13 de la loi du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, une condamnation pour abus de biens sociaux empêche la personne qu'elle frappe d'être membre d'un conseil d'administration ou d'un conseil de surveillance d'un établissement de crédit et d'administrer, diriger ou gérer, à un titre quelconque un établissement de crédit tout comme de disposer du pouvoir de signer pour le compte d'un tel établissement.

Dans tous ces cas, le caractère facultatif du prononcé des peines complémentaires laisse une marge de manœuvre suffisamment importante au juge pour qu'il puisse pratiquer une interprétation téléologique pure des textes relatifs aux sanctions pénales. Le juge est en effet libre de prononcer ou non des peines complémentaires, ce qui lui permet d'adapter aux situations particulières des dispositions législatives par nature générales. En revanche, une tendance contestable à l'interprétation littérale réapparaît en ce qui le prononcé des peines accessoires.

B) Les peines accessoires: une interprétation littérale pure

Ces peines ont mauvaise presse tant auprès des juges que de la doctrine. Aussi le législateur a t-il pris l'initiative de leur disparition en rédigeant l'article 132-17 selon lequel « *Aucune peine ne peut être appliquée si la juridiction ne l'a pas expressément prononcé* ». Selon la doctrine,[653] ce texte a clairement pour conséquence la suppression des peines accessoires attachées de plein droit à une condamnation pénale. Il est vrai que le Code pénal actuel ne contient plus aucune peine accessoire. Mais en matière de protection des papiers commerciaux, on a pu constater qu'il existe de nombreux textes extérieurs au code pénal. On aurait pu penser que l'article 132-17 est d'application générale et absolue. Malheureusement, en droit pénal spécial, et en droit pénal des affaires lié à la protection des papiers commerciaux, certaines peines accessoires à caractère automatique demeurent. Les incapacités professionnelles découlant de certaines condamnations demeurent comme la loi du 30 août 1947 relative à l'assainissement des professions industrielles et commerciales qui exclut de ces professions toute

[653] F. Desportes et F. Le Gunehec, op cit, n° 79; cf également rapport Marchand, n° 896, p 221.

personne condamnée pour vol, escroquerie ou abus de confiance. Les rédacteurs du nouveau code pénal ont en effet laissé subsister la procédure de relèvement en faveur des personnes frappées « *d'une interdiction, déchéance ou incapacité quelconque qui résulte de plein droit, en application de dispositions particulières, d'une condamnation pénale* » (art 132-21 al 2). De plus, la loi d'adaptation de 1992 n'a pas abrogé les textes consacrant ces déchéances et incapacités diverses. Une disparition totale des peines accessoires automatiques eût été préférable pour une meilleure protection des papiers commerciaux. En effet, les peines accessoires automatiques entraînent une interprétation littérale pure des textes relatifs aux sanctions pénales, ce qui est peu souhaitable. La vie des affaires exige une certaine souplesse d'adaptation des textes répressifs. Cette souplesse passe par une marge d'appréciation laissée au magistrat en matière de prononcé de la peine.

Mais le particularisme du droit pénal des affaires ne s'arrête pas là. La sévérité de la sanction en matière de protection des papiers commerciaux n'apparaît pas seulement au moment du prononcé de la sanction mais également au stade de l'exécution de la sanction.

Section II: L'exécution de la sanction

L'exécution de la sanction en droit pénal des affaires laisse transparaître une grande sévérité du législateur. Elle se traduit non seulement par l'exclusion des lois d'amnistie de certaines infractions relatives à la protection des papiers commerciaux(§I), mais également par une baisse du rôle du juge dans la détermination des modalités d'exécution des peines prononcées, et à l'interprétation littérale des textes pénaux (§II), ce qui est contraire à l'évolution du droit pénal général qui va dans le sens de l'interprétation téléologique pure.

§ I L'exclusion des lois d'amnistie de certaines infractions liées à la protection des papiers commerciaux

Le législateur décide périodiquement de prononcer une amnistie. Certaines condamnations déjà prononcées sont ainsi effacées. Rappelons qu'en France, un texte d'amnistie est promulgué en moyenne tous les deux ans depuis la première guerre mondiale. A l'origine l'amnistie devait jouer un rôle politique et social d'apaisement, mais de manière exceptionnelle, en des temps troublés comme des guerres ou des troubles sociaux. Le champ d'application des lois d'amnistie s'est considérablement élargi. Ainsi, chaque élection présidentielle est désormais annonciatrice d'une loi d'amnistie parfois même anticipée par les délinquants. La loi d'amnistie comme toute loi est générale et impersonnelle. Elle peut bénéficier indistinctement aux primo délinquants comme aux multirécidivistes chevronnés.

Cependant, certaines infractions liées à la protection des papiers commerciaux restent à l'écart de ces mesures de clémence comme les fraudes fiscales. Il faut noter que les premières lois d'amnistie, celles de 1953, 1959, 1966, 1969 et 1972, n'excluaient de l'amnistie que les infractions en matière fiscale, douanière et de change. A partir de

1974, l'exclusion s'étend à la matière économique (L. 16 juill. 1974, art. 23-1°; L. 4 août 1981, art 28- 2° et 3°; L. 20 juill. 1988, art 29-11° et 12°; L. 3 août 1995, art 25- 12° et 22°). Ainsi, depuis 1953 dans les lois d'amnistie, les infractions à la législation et à la réglementation en matière fiscale, de même que les infractions douanières sont exclues du bénéfice de l'amnistie.[654] Il existe donc une volonté nette du législateur d'exclure des lois d'amnisties les infractions fiscales. Comme le soutient justement M. Klein, on aboutit à ce résultat choquant, « *qu'un voleur, un escroc, l'auteur d'un abus de confiance, pourront bénéficier de l'amnistie, alors que le contribuable condamné pour fraude fiscale, même à une peine bénigne, en portera la trace sur son casier judiciaire sa vie durant* ».[655] En excluant les infractions fiscales, douanières et quelquefois économiques, du bénéfice des lois d'amnistie, le législateur considère que ces infractions se situent dans la hiérarchie des infractions parmi les plus graves. La mansuétude du législateur semble plus grande à l'égard des atteintes au patrimoine privé qu'au patrimoine collectif de l'Etat. Il existe peut être ici, en matière de protection des papiers commerciaux une certaine incohérence. La crédibilité des papiers commerciaux paraît mieux protégée, par une sévérité renforcée, dès lors qu'ils sont utilisés à des fins publiques qu'à des fins privées, ce qui paraît peu rationnel dans une économie de marché.

Mais le particularisme du droit pénal des affaires ne s'arrête pas là, on constate en effet une diminution paradoxale des pouvoirs du juge dans la détermination des modalités d'exécution des peines liées à la protection des papiers commerciaux.

---

[654] Loi du 6 août 1953 art. 36; 31 juill. 1959 art 29; 18 juin 1966 art 27-1°; 30 Juin 1969 art . 24; 21 déc. 1972 art 5-1°; 16 juill. 1974 art. 1974 art. 23-1°.
[655] G. Klein, Thèse, op cit, n° 289.

§ II La diminution des pouvoirs du juge liés à la protection des papiers commerciaux

Traditionnellement notre droit pénal établissait une distinction rigoureuse entre les fonctions juridictionnelles et les fonctions d'exécution de la peine. Cette distinction procédait de la séparation du pouvoir judiciaire et du pouvoir exécutif.

Mais depuis quelques années et sous l'influence de l'école de la défense sociale nouvelle,[656] le juge a de plus en plus son mot à dire dans les régimes d'exécution des peines. Cette évolution peut être constatée en droit pénal général, elle se traduit par une interprétation téléologique des textes A), alors que la tendance est inverse dans le droit pénal des affaires lié à la protection des papiers commerciaux, et elle se traduit par l'interprétation littérale des textes B).

[656] Selon l'école de la défense sociale, « les phases du procès sont celles de l'observation, celle du jugement et celle de l'exécution englobées dans une entité unique de concept et de but ». Filippo Gramatica, principes de défense sociale, ed Cujas, n° 127.

A) La tendance à l'accroissement des pouvoirs du juge et à l'interprétation téléologique en droit pénal général

Aujourd'hui, le caractère automatique, mécanique des mesures d'exécution de la peine paraît absurde. Le législateur s'efforce donc de substituer « *des traitements individualisés aux anciens régimes d'exécution plus ou moins uniformes* ». L'école de la défense sociale nouvelle préconise d'attribuer aux juridictions les pouvoirs les plus étendus en la matière. Cette école a partiellement été écoutée par le législateur moderne qui a créé en 1958 « *un juge de l'application des peines* » ainsi qu'une « *commission d'application des peines* » au stade de l'exécution des peines. De même, la loi du 14 juillet 1974 a mis en place le régime de la semi liberté (art. 723-1 CPP), de la mise à l'épreuve (art 723-2 CPP), d'autre part, selon l'art D. 79 CPP, « *chaque fois qu'ils l'estiment utile le président de la juridiction qui a prononcé la condamnation et le représentant du ministère public peuvent exprimer leur avis sur la destination qui semblerait la mieux appropriée au condamné ou sur celle qui, au contraire, leur paraît contre indiquée. il leur est également loisible de donner leur opinion sur le traitement dont l'intéressé relèverait* ». La loi du 11 juillet 1975 permet quant à elle au

juge d'ordonner le fractionnement du paiement de l'amende pour des motifs graves d'ordre médical, familial, professionnel ou social (art 41 ACP). Citons également, l'art 708 CPP selon lequel le tribunal correctionnel ou de police dispose avec le ministère public , du pouvoir d'ordonner, après condamnation, la suspension de l'exécution d'une peine non privative de liberté pendant moins ou plus de trois mois, et les art. 720-2 CPP et s. qui donnent aux juridictions criminelles et correctionnelles le pouvoir de réduire ou d'augmenter la durée légale de la période de sûreté qui s'applique aux condamnés à une peine ferme d'incarcération égale ou supérieure à dix ans.

Le Code pénal actuel reprend le principe de l'individualisation des modalités d'exécution des peines appelé d'ailleurs « *personnalisation* » afin qu'il puisse s'appliquer aux personnes morales.[657] Concernant plus directement la protection des papiers commerciaux, il convient de mentionner l'art 132-22 qui permet au juge d'adapter le prononcé et les modalités d'exécution d'une peine pécuniaire au délinquant concerné: Le Procureur de la République, le juge d'instruction, et le tribunal saisi peuvent ainsi obtenir afin de personnaliser l'exécution de la peine « *...des parties, de toute administration, de tout établissement financier ou de toute personne détenant des fonds du prévenu, la communication des renseignements utiles de nature financière ou fiscale sans que puisse être opposée l'obligation au secret* ». Mais globalement, force est de constater que ce mouvement général d'accroissement des pouvoirs du juge en matière de modalités d'exécution de la sanction, qui conduit à l'interprétation téléologique des textes, touche relativement peu les dispositions liées à

[657] J.O. Sénat, 10 mai 1989, P. 553, 1er col.

la protection des papiers commerciaux. On le constate en matière de sursis au prononcé de l'exécution d'une sanction pénale.

B) La tendance à la diminution des pouvoirs du juge et à l'interprétation littérale en droit pénal des affaires

La diminution des pouvoirs du juge transparaît à travers les conditions d'attribution du sursis simple aux personnes morales et l'impossibilité d'attribuer le sursis en raison de la nature de certaines peines. Le sursis simple est traité aux articles 132- 29 et s, du Code pénal actuel. Les conditions d'attribution du sursis simple ne sont pas fondamentalement renouvelées pour les personnes physiques. Un prévenu ne peut aujourd'hui bénéficier du sursis que s'il « *n'a pas été condamné au cours des cinq années précédant les faits, pour un crime ou un délit de droit commun, à une peine de réclusion ou d'emprisonnement* » (art. 132-30, al 1er). Désormais, l'existence de la moindre peine privative de liberté dans ce délai fait radicalement obstacle au sursis alors que selon le droit précédent, une peine inférieure ou égale à deux mois ne l'excluait pas.

L'innovation principale concernant la protection des papiers commerciaux est celle du sursis appliqué aux personnes

morales. Le juge dispose ici de moins de pouvoir qu'en ce qui concerne les personnes physiques.

Ainsi, en matière criminelle et correctionnelle, le sursis simple ne peut être ordonné qu'à l'égard des personnes morales n'ayant pas été condamnées, dans les 5 ans pour un crime ou un délit de droit commun , à une amende d'un montant supérieur à 400 000 F, (art. 132- 30 al 2).

En matière contraventionnelle, le sursis ne peut être accordé qu'aux personnes morales n'ayant pas été condamnées dans le même délai à une peine d'amende d'un montant supérieur à 100 000 F (art 132- 33 al 2).

Les personnes morales sont donc beaucoup plus facilement exclues du bénéfice du sursis que les personnes physiques puisque les personnes morales sont exclues du bénéfice du sursis dès lors qu'elle sont condamnées à une certaine peine d'amende, alors que les personnes physiques, pour être exclues, doivent être condamnées à une peine de détention ou de réclusion. La marge d'appréciation du juge paraît donc sensiblement restreinte, en matière de protection des papiers commerciaux, dès lors qu'il est en présence de personnes morales.

Il existe un second élément qui laisse supposer une tendance à la diminution des pouvoirs du juge en droit pénal des affaires. Le bénéfice du sursis est ainsi parfois refusé en raison de la nature de la peine. Ce rejet touche particulièrement le droit pénal des affaires lié à la protection des papiers commerciaux. Ainsi, selon la cour de cassation, le sursis ne peut être accordé lorsque l'amende est d'une

nature mixte, tenant à la fois de la peine et des réparations civiles, ce qui est le cas concernant certaines amendes fiscales.[658] En effet, le taux de l'amende sert de base à la fixation des dommages- intérêts, et l'administration peut transiger sur le paiement de l'amende, même après jugement définitif. La cour de cassation a réduit le pouvoir d'interprétation des textes relatifs aux sursis à une interprétation littérale pure. On assiste au même phénomène qu'en matière de prononcé de la peine (cf supra, SI, § I, A).

La diminution des pouvoirs du juge en droit pénal des affaires le contraint à une interprétation littérale en matière d'exécution de la peine, ce qui conduit à une sévérité accrue. Mais elle semble compensée par un reflux partiel du droit pénal des affaires dans certains domaines de l'économie. Il n'est cependant pas certain que ce reflux soit vraiment réel.

[658] J. Larguier et P. Conte, Droit pénal des affaires, op cit p 54.

TITRE II LE MAINTIEN DE LA SEVERITE REPRESSIVE MALGRE UNE INDULGENCE APPARENTE ET LES PAPIERS COMMERCIAUX

L'année 1985 est apparue comme une année charnière pour le droit pénal des affaires lié à la protection des papiers commerciaux. Le législateur a semblé s'orienter résolument vers une politique de dépénalisation de la matière. Citons: La loi du 11 juillet 1985 qui dépénalise l'émission de chèques sans provisions,[659] et la loi du 25 janvier 1985 qui entame la dépénalisation de certains comportements liés à la faillite. Pourtant, on s'aperçoit que dans les deux cas, la portée réelle de la dépénalisation annoncée est réduite. D'une part, le législateur a conservé certains textes pénaux, ce qui entraîne le maintien d'une partie importante de la jurisprudence antérieure et la

[659] La loi n° 72-10 du 3 janv. 1972., relative à la prévention et à la répression des infractions en matière de chèques avait déjà entamé le processus de dépénalisation.

création de nouvelles incriminations satellites des anciennes; d'autre part, les risques de dérives supra- téléologiques voire infra- analogiques n'ont pas disparu. On peut dire que la sévérité répressive perdure. Il existe donc non seulement une dépénalisation atténuée des comportements liés à l'émission de chèques sans provision (Chapitre I), mais également des comportements liés à la faillite (Chapitre II).

CHAPITRE I: LA DEPENALISATION ATTENUEE DES COMPORTEMENTS LIES A L' EMISSION DE CHEQUES SANS PROVISION

La dépénalisation de l'émission de chèque sans provision, annoncée comme une réforme majeure du droit pénal des affaires, est en réalité apparue comme une dépénalisation limitée. Cette dépénalisation est limitée par le maintien d'infractions liées à la violation d'une interdiction bancaire (SI) et la création d'infractions relatives à l'interdiction judiciaire d'émettre des chèques (SII). Elle l'est également par la conservation de certaines infractions voisines de celles d'émission de chèques sans provision (SIII).

Section I: La dépénalisation limitée de l'émission de chèque sans provision

Cette dépénalisation annoncée comme d'une grande portée (§I) a été largement atténuée dans ses effets par le maintien d'infractions liées à la violation d'une interdiction bancaire (§II).

§ I Une dépénalisation d'une grande portée apparente

Cette réforme, facilement explicable A), a eu pour objectif de conférer au banquier un rôle sanctionnateur B).

A) Les raisons de la réforme

L'usage du chèque est aujourd'hui entré dans les mœurs. Pourtant la crainte de ne pas obtenir un paiement effectif est assez justifiée. Nombre d'individus émettent des chèques sans provision. Aussi, le législateur a-t-il été amené à créer des sanctions pénales afin de protéger la crédibilité de ces documents commerciaux. En effet, l'article 405 ACP, (cf supra) ne permettait pas d'atteindre ce qui n'est qu'un mensonge écrit, et qui ne porte ni sur la qualité, ni sur le nom. La première incrimination de l'émission de chèque sans provision était contenue dans le décret- loi du 30 octobre 1935 (art 66 et s). Elle fut modifiée à de nombreuses reprises: En 1938, puis par la loi du 3 janvier 1972, elle même modifiée par la loi du 3 janvier 1975, par la loi du 11 juillet 1985,[660] et enfin par la loi du 30 déc. 1991 (mod. L. 16 juill. 1992 et réglementé par les décrets des 22 et 26 mai 1992), qui semble dépénaliser largement la matière.

[660] Sur la situation antérieure à la loi de 1992, cf Cabrillac et Mouly, Droit pénal de la banque et du crédit, 1982, n° 303 et s. ; A.M. Romani, D.S., 1985, Chron 35; Delafaye,Le contentieux des chèques sans provision :l'expérience du parquet de Paris, Banque, 1937, 336; Masse, Définition de « l'intention de porter atteinte aux droits d'autrui dans les infractions relatives à la provision du chèque », R.S.C., 1987, 707.

Cette inflation législative démontre les difficultés liées à l'application de sanctions pénales relatives à l'émission de chèques sans provisions. On a pu constater jusqu'à 40 000 condamnations par an pour cette infraction, alors même que le nombre réel des chèques émis sans provision, a été largement plus élevé. En 1990, plus de 6 400 000 chèques sans provision ont été émis. Le coût pour le commerce de détail est de 4 milliards de francs. Ce type de comportement est d'autant plus répandu qu'il ne requiert, contrairement à la majorité des infractions réalisées aux moyens de papiers commerciaux, aucune ruse ni aucune compétence particulière. Or, l'émission de tel chèque compromet gravement la crédibilité pourtant intrinsèque de ce document. Devant l'échec d'une politique purement répressive, le législateur s'est donc orienté, en apparence, vers une politique de prévention. C'est désormais au tiré, le banquier, qu'il incombe de régler les incidents de paiement.

B) Le nouveau rôle sanctionnateur du banquier

L'article L. 131-73 C. monét. fin. prévoit que le banquier tiré qui a refusé le paiement d'un chèque pour défaut de provision suffisante, doit enjoindre au titulaire du compte de restituer à tous les banquiers les formules en sa possession et en celle de ses mandataires, et de ne plus émettre de chèques autres que ceux qui permettent exclusivement le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés.[661] De plus, lorsque le compte est collectif, l'injonction est adressée aux co-titulaires. Le tiré qui a refusé le paiement du chèque pour défaut de provision devra en aviser la banque de France (Art. L. 131-84 C. monét. fin.). Cette dernière va alors informer les établissements bancaires des incidents de paiement de chèques. Le titulaire du compte ou son mandataire, à compter de l'incident de paiement pour défaut de provision suffisante, ne pourra plus obtenir de formules de chèques auprès de son banquier (l'obligation pèse sur tout banquier informé), (Art L. 131-72 C. monét. fin.).

A défaut de régularisation, le titulaire du compte ne recouvrera la faculté d'émettre des chèques qu'à l'issu d'un délai de 5 ans à compter de l'injonction du banquier (Art L. 131-78 C. monét. fin.).

Si le titulaire du compte régularise dans un délai d'un mois à compter de l'injonction, il recouvre l'usage normal de son compte

[661] Ripert et Roblot, Traité de droit commercial, T II, 16 eme éd. , n° 2196 et s. ; Y. Chaput, Chèques et effets de commerce, coll. « Que sais-je », P.U.F., P. 83 et s. , 2eme éd. mise à jour 1994.

à condition qu'il n'ait pas émis un autre chèque sans provision dans les douze mois précédant l'incident de paiement. Dans l'hypothèse d'un retard dans la régularisation ou de répétition des émissions irrégulières, une pénalité libératoire est due, versée au trésor par timbre fiscal. (Art L. 131-75 C. monét. fin.). Il convient de remarquer que cette pénalité n'est pas une sanction fiscale puisque les litiges relatifs à cette pénalité sont déférés devant la juridiction civile. La dépénalisation semble donc d'une grande portée. Pourtant, le maintien de la pénalisation de la violation de l'interdiction bancaire réduit la portée de la réforme.

§II Une dépénalisation en réalité d'une portée réelle réduite: la violation de l'interdiction bancaire par le tireur et le tiré

En ce qui concerne le tireur, selon l'article L. 163-2 C. monét. fin. , toute personne qui au mépris de l'injonction qui lui a été adressée en application de l'article L. 131-73, aura émis un ou plusieurs chèques, sera punie d'un emprisonnement pouvant aller jusqu'à cinq ans et d'une amende maximale de 2 500 000 F ou de l'une de ces deux peines seulement. Sera également puni des mêmes peines le mandataire qui, en connaissance de cause, aura émis un ou plusieurs chèques dont l'émission était interdite à son mandant en application de l'article L. 131- 73 C. monét. fin.

Concernant le tiré, les modifications apportées par la loi du 30 décembre 1991 ont permis une extension de la garantie des chèques irrégulièrement délivrés ainsi que l'aménagement de certaines sanctions pénales. Désormais, dès lors qu'il a délivré ou omis de réclamer la restitution de formules délivrées en violation de l'interdit, le banquier fautif devra payer le chèque émis en violation de l'interdiction, quand bien même il serait émis sans provision et quel que soit le montant de l'insuffisance, la garantie est illimitée. En cas de refus de payer, le banquier engagerait sa responsabilité et pourrait être condamné à des dommages et intérêts pour le préjudice causé au porteur.[662] Cependant la responsabilité du banquier ne peut être engagée que sous certaines conditions. Il doit ne pas avoir réclamé la restitution des formules ayant servi à faire le chèque, ou les avoir délivrées en violation d'une interdiction bancaire ou judiciaire. Quant aux banquiers qui n'ont pas enregistré l'incident, ils ne sont tenus à garantie qu'au seul cas de la remise d'une formule à un nouveau client. (Notons que le tiré qui a payé est subrogé dans les droits du porteur ; Art. L. 131-83 C. mon. Fin.).

La crédibilité intrinsèque du chèque est préservée par le maintien de sanctions pénales. Le tiré qui indique une provision inférieure à la provision existante et disponible, ou encore celui qui n'a pas déclaré les incidents de paiement et autres violations de l'interdiction est toujours passible comme par le passé d'une amende pouvant aller jusqu'à 80 000F. La crédibilité du chèque est même renforcée par l'adjonction de l'article L. 163-10-2° C. monét. fin .

Désormais, est punissable, « *celui qui rejette un chèque pour insuffisance ou indisponibilité de la provision sans indiquer, lorsque tel*

[662] Paris, 26 sept. 1985, D., 1987, Somm., 70, obs. Cabrillac.

est le cas, que le chèque a été émis au mépris d'une injonction ». Le porteur pourra ainsi envisager de faire jouer la garantie du tiré ou se constituer partie civile en raison de l'infraction commise.

On constate donc que le droit pénal intervient largement pour protéger le bénéficiaire du chèque contre les incidents de paiement, même s'il intervient postérieurement à l'interdiction bancaire. La protection est encore plus grande lorsque l'on est en présence d'une interdiction judiciaire de paiement.

Section II: Le maintien et la création d'incriminations relatives à l'interdiction judiciaire d'émettre des chèques

La portée de la dépénalisation des chèques sans provision risque d'être remise en cause par le maintien d'incriminations relatives à la violation d'interdictions judiciaires (§I), mais aussi, et ce qui est nouveau , par la création d'incriminations relatives aux personnes morales (§II).

§I : La violation de l' interdiction frappant une personne physique (Article 434- 41 Code pénal actuel)

L'article 434-41 du Code pénal actuel, bien que d'une portée plus large, incrimine, comme le faisait l'ancien art 43-6 du Code pénal ancien, la violation de l'une des obligations ou interdictions résultant de condamnations à des peines restrictives ou privatives de liberté.[663] Ce texte, destiné à garantir l'autorité des décisions de justice, s'applique aux interdictions intéressant les chèques décrites dans l'article 131-19

[663] Gabriel Roujou de Boubée, Jacques Francillon, Bernard Bouloc, Yves Mayaud, Code pénal commenté, éd. 1996, Dalloz, art 434-41, p 809.

du Code pénal actuel. L'incrimination de l'article 434- 41 appelle plusieurs remarques.

Tout d'abord, la lecture de l'article 434- 41 du Code pénal actuel et de l'article L. 163-7 C. monét. fin. (Anc. D.L. 30 oct. 1935, art. 69) suscite une difficulté[664]. Dans les deux cas, est punie l'émission d'un ou plusieurs chèques en violation d'une interdiction. L'article 434-41 ajoute seulement l'utilisation de cartes de paiement. Mais les pénalités diffèrent, celles de l'article L. 163-7 C. monét. fin. étant de loin les plus sévères. Rappelons que l'article 434- 41 du Code pénal actuel punit la violation de l'interdiction de 2 ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende; alors que l'article L. 163-7 C. monét. fin. punit le délinquant de 5 ans d'emprisonnement et d'une amende de 2 500 000F. Il existe donc un conflit entre deux incriminations concurrentes, l'article L. 163-7 C. monét. fin. et l'article 434- 41 du Code pénal actuel. Notons que ces deux incrimination ne sont pas totalement identiques: L'article L. 163-7 C. monét. fin. s'applique au mandataire, pas l'article 434-41 du Code pénal actuel, l'article 434-41 du Code pénal actuel s'étend aux cartes de paiement, pas l'article L. 163-7 C. monét. fin. Mais fondamentalement, tous deux punissent le même fait: l'émission de chèques en violation d'une interdiction judiciaire, mais prononcent des peines très différentes pour un tel comportement. C'est là une anomalie qu'il aurait été facile de faire disparaître lors de la promulgation du Code pénal actuel. Encore une fois, la simplification annoncée n'a pas été menée à son terme. Elle aurait commandé l'abrogation des dispositions pénales du décret- loi de 1935 reprises dans l'actuel Code monétaire et financier.

[664] L'élaboration du Code monétaire et financier (Ord. N° 2000-1222, 14 déc. 2000 ; J.O. 16 déc. aurait pu être l'occasion de résoudre ces difficultés, tel n'a pas été le cas.

Ensuite, concernant la structure du délit, notons qu'une condition préalable est nécessaire à la réalisation du délit visé à l'article 434- 41. Elle suppose une condamnation exécutoire à la peine d'interdiction d'émettre des chèques. En effet, ce texte incrimine « *la violation par le condamné des obligations ou interdictions résultant des peines ... d'interdiction d'émettre des chèques* ». De plus, la peine d'interdiction emporte, pour le condamné, injonction d'avoir à restituer les formules en sa possession et en celle de ses mandataires. Selon l'article 434-41, le délit peut donc se commettre, soit en émettant un chèque ou plusieurs chèques pendant la période d'interdiction, soit même en ne restituant pas les formules.

La sévérité légale est donc maintenue dans le nouveau Code pénal. Non seulement l'émission d'un chèque en violation d'une interdiction judiciaire demeure pénalisée A), mais de plus la non restitution d'une formule de chèque l'est également, on est alors en présence d'un délit obstacle B).

A)L'émission de chèques de paiement pendant une période d'interdiction: un délit de commission

L'émission du chèque doit être interprétée comme l'était l'émission du chèque dans l'ancien délit d'émission de chèque sans provision. Le tireur doit avoir, pour réaliser l'élément matériel de l'infraction, établi le chèque, l'avoir signé et l'avoir remis à un tiers. L'interdit judiciaire doit avoir mis en circulation le chèque pour qu'il y ait émission. Cependant, tout dessaisissement n'emporte pas forcément émission. Ainsi, il n'y aura pas émission, si le tireur qui envoie un chèque dans une lettre, obtient de la poste restitution de cette lettre avant qu'elle ne soit parvenue à son destinataire.[665]

Et comme par le passé, une incertitude demeure concernant le dessaisissement par remise à un mandataire. Deux analyses sont possibles: Soit il est possible de considérer qu'il n' y a pas eu émission parce que le mandataire représentant le tireur, tout se passe comme si celui- ci ne s'était pas dessaisi du chèque,[666] soit on considérera qu'il y a eu émission en raison du dessaisissement.[667] Dans la première hypothèse, on se réfère au droit civil pour analyser la position du mandataire; dans la seconde, on fait prévaloir des arguments proprement pénaux, fondés sur la notion d'apparence. Ce qui compte en droit pénal, c'est l'intention des parties de rédiger et de recevoir un titre qui ait toutes les apparences d'un chèque. Rappelons la position

[665] Instr. Gén. P. et T. 14 janv. 1959, ch. IV, P. 75.
[666] CA Limoges, 3 juin 1938 : GP 1938, 2 p 340; S. 1938, 2, P 146.

[667] T. corr. Montpellier, 18 janv. 1951, JCP 1952, éd. G, II, 6162, note M. Cabrilac; Rev sc. crim. 1951, p. 278.

sévère de la jurisprudence pénale selon laquelle les irrégularités formelles qui entachent un chèque ne peuvent faire obstacle à l'application du droit pénal des affaires. « *Le vice affectant l'instrumentum ne réduit en rien l'immoralité ni le caractère dangereux de l'acte imputé*».[668] Cette deuxième interprétation qui fait prévaloir le dessaisissement doit être approuvée; car il s'agit d'une interprétation supra littérale de la loi pénale (cf supra). Le juge pénal se dégage d'une interprétation civile ou commerciale inadaptée au besoin de la protection pénale des papiers commerciaux. Le point de vue de la loi civile et celui de la loi pénale sont différents. De plus, peu importe que le compte de l'émetteur interdit soit ou non provisionné. Si le compte est provisionné, le chèque devra être payé, l'interdiction n'étant pas une cause de refus de paiement, s'il ne l'est pas, il y aura incident de paiement et procédure d'interdiction bancaire. Cette protection pénale du chèque est renforcée par l'existence d'un véritable délit obstacle: la non restitution de formules de chèques.

B) La non restitution des formules de chèques: un délit obstacle

Notons tout d'abord que l'article L. 163-7 C. monét. fin. ne punit que la violation de l'interdiction judiciaire d'émettre. Il n'incrimine donc pas le défaut de restitution des formules. Cette infraction de l'art

[668] Donnedieu de Vabres, R.S.C., 1940, P. 46.

434-41 du code pénal actuel est donc propre à la violation des interdictions d'émettre prononcées en application de l'article 131-19 du code pénal actuel selon lequel l'interdiction d'émettre des chèques emporte pour le condamné l'obligation de restituer au banquier les formules en sa possession ou en celle de son mandataire.

On peut cependant s'interroger sur le respect du principe de nécessité de la peine. Détenir des formules de chèque n'a en soit rien de dangereux. Seule l'émission du chèque est susceptible de créer un préjudice. Cet argument n'est cependant pas pertinent. Car le délit de non restitution de formule est un délit obstacle[669] au délit de violation d'interdiction d'émettre des chèques. Encore une fois, on s'aperçoit que la protection du chèque fait encore largement appel aux sanctions pénales. Les poursuites pourraient même être engagées en cas d'inexécution partielle de l'obligation de restitution. Elles pourraient l'être également pour défaut de restitution des formules en la possession du mandataire, mais seulement si le mandant n'entreprend aucune démarche pour que son mandataire lui restitue les formules. Encore faudra t-il, pour que cette infraction puisse être poursuivie, que la non restitution soit prouvée. Cette preuve peut être facilitée par le fait que les banquiers doivent être en mesure de justifier pendant deux ans des dates auxquelles ils ont délivré les formules (D. 22 mai 1992). Mais en pratique, cette preuve sera difficile à rapporter, car les banquiers n'ont aucune obligation d'information s'agissant du défaut de restitution des formules.

La création d'un délit obstacle atteste d'une sévérité renforcée du législateur. Mais il s'explique par la nécessité de faire

[669] Cf Jurisclasseur, Art; 131- 19 et s. éd. 1996 n° 59.

respecter une décision judiciaire relative à une personne physique. Le recours à la sanction pénale d'une personne physique dans le but de faire respecter une sanction pénale concernant une personne morale paraît plus discutable.

§II : La violation de l'interdiction frappant une personne morale

Selon l' article 434- 43 du code pénal actuel, « *Lorsqu'a été prononcée contre une personne morale l'une des peines prévues à l'article 131- 39 , la violation par une personne physique des obligations qui en découlent est punie de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende* ».Pour que ce délit soit constitué, il faut établir que l'individu poursuivi a eu connaissance de la condamnation de la personne morale. Mais en pratique, cette preuve ira d'elle même lorsqu'on est en présence du dirigeant de la société. Ce délit peut être commis, soit en ne restituant pas les formules, soit en émettant sur le compte de la personne condamnée.[670]

Dans le premier cas, le délit pourra être reproché aux dirigeants qui ne restituent pas les formules en leur possession liées au compte de la personne morale. Il pourrait même être reproché aux dirigeants qui ne réclameraient pas les formules en possession de

[670] Cf jurisclasseur, n° 131- 19 et s, op cit, n° 79 et s.

personnes ayant une procuration sur le compte de la personne morale. On est encore une fois en présence d'un délit obstacle.

Dans le second cas, l'émission sur le compte de la personne morale constituera le délit, qui pourra être commis par toute personne ayant la signature sociale sur le compte de cette personne morale. Dans l'hypothèse où le dirigeant a émis pour son compte personnel, il sera alors auteur principal du délit de l'article 434- 43. Ce délit pourra alors entrer en concours avec le délit d'abus de biens sociaux. Si le dirigeant a émis en violation de la condamnation de la personne morale et pour le compte de celle- ci, il engagera sa responsabilité pénale personnelle (art. 443- 43) et celle de la personne morale, en application de l'article 434- 47. Un dirigeant peut être puni parce que des chèques ont été émis pour le compte d'une personne morale pénalement condamnée.

On peut s'interroger sur le bien fondé et l'utilité pratique de telles incriminations. De simples sanctions civiles ou commerciales auraient pu suffire. Il n'était pas nécessaire d'accroître encore la responsabilité pénale des dirigeants déjà « *sur- pénalisés* ». Il convient de remarquer que cette inflation législative en droit pénal des affaires ne touche d'ailleurs pas que les chefs d'entreprise, elle touche également les élus et les fonctionnaires. En 1999, 28 fonctionnaires ont été mis en examen.[671] Les infractions les plus souvent alléguées peuvent fréquemment se rattacher à l'usage de documents commerciaux mais rarement à l'usage de chèque non provisionnés. Ainsi, entre 1996 et 1999, 32 agents de la direction générale des impôts et 14 de la direction générale de la comptabilité publique ont été poursuivis pour les infractions de concussion ou de faux en écritures. Autres accusations

[671] Revue Echange Contact, juin 2000, p 21, éd. Ministère de l'Economie des Finances et de l'Industrie.

possibles: la violation du secret professionnel, la violation de domicile, l'abus d'autorité, le vol de document et la discrimination. Ainsi, selon Jean Massot, « ... *le tout pénal ne pouvant, à l'évidence, constituer l'objectif d'une société civilisée, les modes de règlement des conflits autres que pénaux devraient être systématiquement favorisés* ».[672]

[672] J. Massot, président de la section des finances au conseil d'Etat, président d'un groupe de travail chargé par le garde des sceaux d'une étude intitulée la responsabilité pénale des décideurs publics, La documentation française, 2000.

Section III: le maintien d'infractions pénales voisine de celle d'émission de chèques sans provision

Il peut paraître paradoxal de parler d'abrogation du délit d'émission de chèques sans provision, alors que d'autres infractions relatives au chèque et voisines de l'ancienne incrimination d'émission de chèque sans provision sont maintenues ou créées comme des infractions liées au retrait de provision et à la défense de payer (§I) ou à la contrefaçon et la falsification de chèques (§II). Une dépénalisation complète et réelle de la matière eût été préférable; elle n'aurait pas désarmé la répression dans les cas les plus graves, car l'outil de l'interprétation téléologique pouvait permettre d'étendre à certaines situations décrites ci- dessous le champ d'application d'incriminations plus générales comme l'escroquerie, le faux en écriture ou l'abus de confiance. En dehors, des atteintes aux valeurs pénalement protégées, c'est au droit commercial qu'il incombe d'assurer la sécurité des transactions commerciales.

§ I Retrait de provision et défense de payer

Ici, le législateur s'est inspiré des dispositions antérieures. Selon l'article L. 163-2 C. monét. fin. (Anc DL 30 oct. 1935 art 66), « *sera punie d'un emprisonnement pouvant aller jusqu'à cinq ans et d'une amende allant jusqu'à 2 500 000F, toute personne qui, avec l'intention*

de porter atteinte aux droits d'autrui,[673] *aura, après l'émission du chèque, retiré par quelque moyen que ce soit, dont le transfert ou le virement, tout ou partie de la provision ou fait dans les mêmes conditions, défense au tiré de payer* ».

Il est possible de s'interroger sur l'utilité du maintien de cette infraction. Les auteurs d'un tel comportement sont-ils moralement plus répréhensibles que les signataires de chèques sans provision? L'élément intentionnel sera déterminant. Encore une fois, le législateur a fait preuve d'imprécision.[674] Devra-t-on étendre l'infraction aux formules qui ne seraient pas des chèques stricto sensu, par exemple des formules incomplètes? Sur ce point l'interprétation supra- littérale permettra aux juges de se dégager de l'interprétation d'autres branches du droit (cf supra). Ensuite, à défaut d'une dépénalisation plus complète de la matière, il aurait peut- être été judicieux de ne pénaliser que « *le maintien injustifié de l'opposition* ». L'article L. 163-2 C. monét. fin. laisse en effet supposer que l'intention frauduleuse doit être concomitante au retrait ou à l'opposition. Cependant la question se pose de savoir si l'auteur d'un retrait de provision qui se ravise et réapprovisionne son compte avant que le tireur n'encaisse son chèque relève toujours de l'infraction pénale. Une interprétation téléologique pure voudrait que la réponse soit négative. Il ressort en effet de l'esprit du texte que seul le maintien de l'opposition puisse permettre d'établir l'intention de porter atteinte aux intérêts d'autrui avec certitude. Mais en l'absence de précisions supplémentaires dans le texte,

---

[673] Sur cette notion, Cass. Crrim, 13 av. 1983, RDC, 1983, 439, obs. Cabrillac et teyssié, D.S., 1984, 461, note Bouloc; 21 av. 1986, D.S., 1986, I.R. 406, obs. Roujou de Boubée; R.D.C., 1987, 84 obs. M. Cabrillac et Rives-lange, et 127 obs. Bouzat.

[674] Cette imprécision législative n'est pas sans rappeler celle du délit de « favoritisme » de l'art. 432-14 du Code pénal actuel. L'élément matériel de l'infraction est constitué par le fait qu'un acte est contraire aux dispositions françaises et européennes qui réglementent le commerce publique. Le problème est que ces dispositions sont peu claires même pour un juriste averti.

les risques d'interprétation supra- téléologique restent à craindre. Enfin, il aurait été souhaitable de préciser la durée pendant laquelle la provision doit être maintenue. La durée de « *validité* » du chèque permet cependant d'apporter un élément de réponse. Il est d'un an à compter du délai de présentation.[675]

§II Les infractions liées à la contrefaçon ou la falsification de chèques

Comme antérieurement au Code pénal actuel, l'article L. 163-3 C. monét. fin. (Anc. DL 30 oct. 1935, Art. 67), punit d'un emprisonnement pouvant aller jusqu'à sept ans et jusqu'à une amende de 5 000 000 F:

1° Ceux qui auront contrefait ou falsifié un chèque;

[675] Paris, 15 déc. 1982, D., 1983. IR. 246, obs. Cabrillac; trib. com. Versailles, 7 mai 1980, rev. Banque, 1981 377, note Martin.

2° Ceux qui, en connaissance de cause, auront fait usage ou tenté de faire usage d'un chèque contrefait ou falsifié;

3° Ceux qui, en connaissance de cause, auront accepté de recevoir un chèque contrefait ou falsifié.

Il faut remarquer que ces peines sont identiques à celles prévues pour l'escroquerie aggravée. On peut y voir la protection renforcée de la crédibilité intrinsèque des chèques. Il n'y a donc pas, dans les faits, de falsification ou contrefaçon de chèques qui puissent être qualifiée de faux en écritures de commerce, mais il existe ce délit particulier. Bien entendu, l'application de l'article L. 163-3 C. monét. fin. suppose la falsification d'un chèque, et le titre appelé « *chèque de voyage* » n'est pas un chèque, sa falsification correspond donc à l'incrimination plus générale de faux.[676] La falsification peut par exemple être constituée par contrefaçon de signature, falsification de la somme inscrite, antidate ou faux endossement.[677] Il en va de même du titulaire d'un carnet de chèques qui émet un chèque en y apposant une signature fantaisiste, après avoir avisé sa banque de la perte prétendue de son chéquier.[678] La falsification demeure, même si le banquier qui a payé le chèque contrefait a été remboursé.[679] Pour qu'il y ait usage, acceptation ou endossement, il faut qu'il y ait action en connaissance de cause. Et il faut noter qu'en matière de chèque, la tentative n'est incriminée qu'à propos de l'usage de chèque contrefait ou falsifié.

---

[676] Crim, 20 janv 1960, B. 32, D. 1961. 56, note Despax.
[677] Crim, 6 mai 1964, D. 1964. 686. La falsification comporte nécessairement la connaissance de l'infraction (Crim., 13 oct. 1964, JCP 1964. IV. 146, Qui suppose que l'agent ait eu conscience de ses agissements (Crim, 25 nov. 1985 G.P. 1986. Som. 266, obs. Doucet).
[678] Crim, 28 janv. 1964, Rec. dr. pén. 1964. 323.
[679] Sur la constitution de partie civile du banquier, v. Paris, 12 Déc. 1977, D.I.R. 1978. 388, obs. Cabrillac.

L'apposition d'une signature non manuscrite était visée par l'article 151- 1 de l'ancien Code pénal. Selon ce texte, « *Sera puni des peines prévues à l'article 150, toute personne qui aura frauduleusement apposé ou tenté d'apposer une signature au moyen d'un procédé non manuscrit* ». L'usage ou la tentative d'usage d'un tel chèque était puni des peines de l'art. 405 al 2. Cet article 151- 1 n'a pas été repris dans le Code pénal actuel. Cette suppression est heureuse, car elle contribue à simplifier le droit pénal des affaires lié à la production des papiers commerciaux. En revanche, on peut s'interroger sur l'utilité réelle du maintien d'une incrimination spécifique aux chèques, celle de l'article L. 163-3 C. monét. fin . La crédibilité intrinsèque du chèque aurait tout aussi bien pu être protégée par l'adjonction d' une circonstance aggravante de l'infraction d'escroquerie. La nouvelle rédaction plus souple de cette incrimination permettrait d'atteindre ce type de comportement par le biais d'une interprétation téléologique pure. Le respect de principes fondamentaux comme l'interprétation stricte de la loi pénale doit passer par une simplification du droit pénal des affaires lié à la protection des papiers commerciaux.

CHAPITRE II LA DEPENALISATION ATTENUEE DES COMPORTEMENTS LIES A LA FAILLITE

La multiplication et la complexité des textes relatifs à la banqueroute et liés aux papiers commerciaux ont poussé le législateur à entamer un processus de dépénalisation de la banqueroute (SI). Pourtant, il est facile de se rendre compte que la dépénalisation annoncée en matière d'entreprise en difficulté n'a eu qu'une portée réduite, d'une part en raison de la loi elle- même, d'autre part en raison d'une interprétation parfois supra- téléologique voire infra- analogique qui met largement en lumière le rôle des papiers commerciaux (SII).

Section I: La dépénalisation voulue en matière de faillite

Cette dépénalisation voulue concernant les papiers commerciaux trouve son origine dans la sévérité des textes antérieurement à 1985 (§I). Elle s'est apparemment traduite par une diminution des textes concernant directement les papiers commerciaux, par des peines plus faibles et des règles de poursuite plus strictes (§II).

§I: la sévérité répressive concernant les papiers commerciaux antérieurement à 1985

La législation antérieure à 1985 était marquée par une multiplication de textes imprécis A). Il existait donc un terreau favorable au développement d'une interprétation supra- téléologique concernant les papiers commerciaux. De plus, ces textes apparaissaient sévères tant au niveau de pénalités applicables que des règles de poursuite B).

A) La multiplication des textes imprécis et les risques d'interprétation supra- téléologique

La multiplication des textes imprécis et concernant directement les papiers commerciaux se retrouvait dans les hypothèses de banqueroute simple et de banqueroute frauduleuse. Dans toutes ces hypothèses, les risques d'interprétation supra- téléologique étaient élevés.

1) La banqueroute simple et les textes concernant directement les papiers commerciaux

Concernant directement les papiers commerciaux, le délit de banqueroute était envisagé dans les anciens articles 127 et 128 de la loi de 1967.

L'article 127 prévoyait 6 cas de banqueroute obligatoire dont le cinquième qui incriminait le fait de n'avoir tenu aucune comptabilité conforme aux usages de la profession, eu égard à l'importance de l'entreprise. Il faut remarquer le manque de précision de ce texte. Que devait-on entendre par « *usages de la profession* » ou « *importance de l'entreprise* ». Une fois encore, en se référant à un véritable droit

coutumier, le législateur laissait la porte ouverte à l'interprétation supra téléologique et à l'arbitraire du juge.

L'hypothèse de la banqueroute simple facultative (article 128) ne répondait pas davantage à l'impératif de précision des textes pénaux. En dépit du fait que cette infraction n'était pas de type contraventionnel, et que les juges devaient établir spécialement la faute commise sans pouvoir se contenter de l'existence matérielle de l'un ou l'autre des faits visés par la loi,[680] la preuve du délit était cependant relativement facile à établir puisqu'il n'était nullement nécessaire de démontrer que le prévenu a agi de mauvaise foi.[681] L'alinéa n° 5 incriminait le fait de tenir une comptabilité d'une façon incomplète ou irrégulière.[682] Et peu importait que les irrégularités dans la comptabilité soient ou non antérieures à la cessation des paiements.[683] Dans cette hypothèse de banqueroute facultative, le juge n'était pas tenu de prononcer condamnation, même s'il constatait de graves irrégularités dans la comptabilité. Cette pratique était tout à fait exorbitante du droit commun. Le pouvoir du juge et les risques d'arbitraire étaient donc encore plus grand que dans le cas de la banqueroute simple obligatoire précédemment décrite.

[680] Crim, 17 mai 1866, B. 136; 20 oct. 1899, S, 1901.1.543.
[681] Crim, 23 juin 1971, B. 203; 14 nov. 1973, B. 415.
[682] Crim, 2 nov. 1951, JCP 1951. II. 6605; 16 mars 1959, B. 182; 3 juill. 1969, B. 219.
[683] Crim, 29 mai 1978, B. 168.

2) La banqueroute frauduleuse concernant directement les papiers commerciaux

On aurait pu s'attendre à une plus grande précision du législateur dans les hypothèses de banqueroutes frauduleuses. Tel n'était pas le cas.

Ainsi, dans le cas de la soustraction de comptabilité (art. 129- 1°), peu importait qu'elle concerne la totalité ou seulement une partie des livres, ou même seulement certains documents comptables, dès lors qu'elle était propre à dissimuler certains engagements du débiteur ou à masquer la nature de certaines opérations.[684] Mais que devait - on entendre par « *certains documents comptables* », « *certains engagements du débiteur* », ou « *certaines opérations* » ? De même, dans le second alinéa: le détournement ou la dissipation de tout ou partie de l'actif, par lesquels le commerçant prive ses créanciers d'une partie de leur gage; les deux termes de détournement et de dissipation n'avaient pas, ici, les sens précis qu'ils revêtent en matière d'abus de confiance: ils désignaient toute manœuvre opérée en vue de faire disparaître une partie du patrimoine du débiteur comme la manipulation de la comptabilité mais pas uniquement.[685] Le troisième alinéa n'était guère plus précis, en incriminant le fait de se reconnaître débiteur de sommes non dues, soit dans le bilan, soit dans les actes publics ou privés. En effet, les actes publics ou privés englobent un nombre incalculable de documents qui va bien au-delà des seuls papiers commerciaux.

[684] Crim, 10 oct. 1973, B. 349.
[685] Crim, 21 fév. 1973.

B) La sévérité des textes

1) Les pénalités applicables

On constate que la sévérité des pénalités réprimant la banqueroute s'est accrue jusqu' en 1985. Ainsi, jusqu'en 1981, les peines applicables aux banqueroutiers étaient l'emprisonnement, d'une durée d'un mois à deux ans en cas de banqueroute simple, d'un à cinq ans pour la banqueroute frauduleuse (ancien article 402 CP). La répression a été renforcée par la loi du 2 février 1981. Le coupable encourait en cas de banqueroute simple, un emprisonnement de trois mois à trois ans et / ou une amende de 5000 à 100 000 F, et en cas de banqueroute frauduleuse, un emprisonnement d'un à sept ans et une amende de 10 000 à 200 000 F, en outre les privations de droits énumérés en l'article 42 de l'ancien Code pénal. (Rappelons que les agents de change étaient frappés de peines aggravées). Quant aux complices, l'ordonnance du 23 décembre 1958 avait aligné les solutions, quel que soit le type de banqueroute, le complice était menacé des mêmes peines que banqueroutier, alors même qu'il n'était pas un commerçant.

2) Les règles de poursuite et les risques d'interprétation supra-téléologique

Antérieurement à la réforme de 1985, et sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, l'état de cessation des paiements et sa date étaient appréciés souverainement par le juge pénal[686] essentiellement au moyens de papiers commerciaux, comme un bilan non équilibré, un compte de résultat déficitaire, des factures impayées ou la pratique de traites de cavalerie. Il pouvait se référer aux constatations du tribunal de commerce,[687] mais n'était en aucune manière lié par celles- ci. La Cour de Cassation opérait cependant un contrôle sur cette appréciation.[688] Ainsi, la loi de 1967 dans son article 139, permettait de condamner pour banqueroute, même si la cessation des paiements n'avait pas été constatée par le tribunal de commerce. Cette liberté d'appréciation, quant à la date et à l'état de cessation des paiements, était une manifestation de l'autonomie du droit pénal par rapport au droit commercial, et eut pour conséquences des divergences entre la doctrine commerciale et la doctrine pénale.

Pour la première, la poursuite pour banqueroute aurait dû être subordonnée à la constatation préalable de la cessation des paiements par le juge commercial.

[686] Crim, 30 oct. 1968 B. 282.
[687] Crim, 30 juin 1971, B. 214.
[688] Crim, 5 déc. 1949, JCP 1950. II. 5828, obs J. Larguier; 9 oct. 1978, B. 260.

Pour la seconde, les juges répressifs bénéficiaient d'une indépendance totale. Cette dernière position partagée par de grands auteurs[689] comme Messieurs Blanche, Chauveau et Hélie, Garraud, Donnedieu de Vabres, a toujours été suivie par la Cour de Cassation.[690] Ce refus de faire de la cessation des paiements une exception préjudicielle au jugement pénal se justifiait par l'indépendance de l'action publique et de l'action civile (la chose jugée au civil n'a pas d'autorité sur le criminel). Il existait un autre argument lié à l'absence d'un ministère public auprès du tribunal de commerce (il pouvait en effet paraître choquant que l'exercice de la répression puisse dépendre des créanciers d'un commerçant en difficulté). Mais cet argument n'a plus lieu d'être depuis que le décret n° 58-1273 du 22 déc. 1958 (art. 4, modifié par la loi du 10 juillet 1970) permet au Procureur de la République d'exercer, en toutes matières, le ministère public devant toutes les juridictions du premier degré établies dans son ressort.[691]

Cette application de la théorie dite de « *la faillite virtuelle* », bien que rejetée dans ses conséquences commerciales,[692] laissait apparaître le manque de clarté de la notion de cessation des paiements. En principe, l'état de cessation de paiement devait être caractérisé par l'impossibilité de faire face à une ou plusieurs dettes. Il ne devait pas se confondre avec la situation d'insolvabilité dans laquelle, le passif du débiteur dépasse son actif. Mais la jurisprudence commerciale a substitué à cette conception juridique et comptable une conception plus économique. Il fallait que la situation de cessation des paiements soit en

---

[689] Blanche, VI, n°100; Chauveau et Hélie, V, n°2152; Garraud, Tr. dr. pén., VI, n°2667; Donnedieu de Vabres, Tr., n° 1108.

[690] Crim, 3 oct. 1962,B. 259; 6 janv.1965, B. 4; 30 oct. 1968, B. 282; 19 nov. 1970. , B. 304; 20 nov. 1978, B. 319; 1er oct. 1979, B. 261.

[691] cf. A. Vitu, Droit pénal spécial, op cit, n°818, p. 654.

[692] D. 20 mai 1959 et la loi du 13 juillet 1967 (article 6 , al. 4)

outre, la conséquence d'une situation commerciale et financière désespérée, sans issue.[693] Cet état désespéré pouvait se traduire par une gestion systématiquement déficitaire depuis plusieurs années, par l'émission de chèques sans provisions, par la pratique de traites de complaisance ou par un nombre important de dettes impayées. La situation de cessation des paiements était donc une notion floue, « *à la fois juridique (non- respect des échéances) et économique (situation obérée)* ».[694] Et on a déjà pu constater combien une définition purement économique d'un terme se marie mal avec le respect du principe d'interprétation stricte de la loi pénale et favorise le risque d'interprétation supra- téléologique. Aussi aurait- on pu logiquement penser que, dans la loi de 1985 puis dans les textes suivants (Art L. 626-1 et s du nouveau Code de commerce), le législateur allait satisfaire aux principes de clarté et de précision.

[693] Ripert et Roblot, Tr. élém. dr. com., 9 ème éd. , II, 1981, n° 2851 et s.
[694] A. Vitu, Droit pénal spécial, op cit, n° 818.

§ II La dépénalisation voulue concernant les papiers commerciaux

De prime abord, la réforme législative pouvait laisser supposer une dépénalisation au moins partielle des comportements liés à la faillite et à l'usage de papiers commerciaux, d'une part en diminuant le nombre des textes concernant directement les papiers commerciaux A), d'autre part en s'engageant vers des peines et des règles de poursuite moins sévères B).

A) La diminution des textes concernant directement les papiers commerciaux

Comme on l'a constaté, la situation antérieure à 1985 était caractérisée par une grande complexité. La loi de 1967 distinguait les cas de banqueroute obligatoire et ceux de banqueroute facultative, ceux de banqueroute simple et ceux de banqueroute frauduleuse, sans oublier les délits assimilés à la banqueroute. Au total, on obtenait près de 20 situations distinctes. La loi de 1985 (Anc. art. 197) a semble- t- il aplani ces difficultés et l'article L 626-2 C. com. ne retient plus que 5 cas de banqueroute. Ces cas sont les plus graves, ils sont tous obligatoires et soumis à un régime identique.

Parmi les cinq cas de banqueroute qui ont été substitués aux incriminations antérieures, seules deux incriminations concernent directement les papiers commerciaux. Il s'agit du fait:

- « *d'avoir tenu une comptabilité fictive ou fait disparaître des documents comptables de l'entreprise ou de la personne morale ou s'être abstenu de tenir toute comptabilité lorsque la loi en fait l'obligation* » (Art. L.626-2-4° C. com.)

- ou « *d'avoir tenu une comptabilité manifestement incomplète ou irrégulière au regard des dispositions légales* » (Art. L. 626- 5° C. com.).

Cependant, en examinant la jurisprudence récente (cf infra), on s'aperçoit que la plupart des solutions antérieures ont été conservées.

Quant à la répression, elle apparaît de prime abord moins sévère, mais il faut nuancer le propos lorsque l'on considère les règles de poursuite.

B) Une répression moins sévère

La loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 puis le nouveau Code de commerce (JO 21 sept. 2000) semblent atténuer la sévérité répressive relative à l'usage frauduleux de papiers commerciaux. Cependant, à y regarder de plus près, il apparaît que l'interprétation par la jurisprudence des règles de poursuite n'a pas favorisé ce processus de dépénalisation. On constate même le maintien d'un risque important d'interprétation supra- téléologique.

1) Les peines

La répression de l'infraction de banqueroute est moins sévèrement réprimée qu'auparavant. En effet, même si l'amende est portée à 500 000 F maximum, la peine d'emprisonnement ne peut plus excéder 5 ans (Art L. 626-3 C. com). Le tribunal correctionnel peut en outre prononcer à l'encontre du délinquant une sanction de faillite personnelle ou d'interdiction de gérer. (Pour les personnes morales,V. L. 626-7 C. com).

2) Les règles de poursuite postérieurement à 1985

La loi de 1985 puis la rédaction du nouveau Code de commerce semblent annoncer un réel progrès en ce qui concerne la définition de la notion de cessation des paiements. Désormais, pour pouvoir poursuivre un délit de banqueroute lié à l'usage de papiers commerciaux, il faut établir, d'une part, l'état de cessation de paiements, et, d'autre part, « *l'impossibilité de faire face au passif exigible* » Art. L 621-1 C.com (ancien article 3 de la loi de 1985). Ce texte vise à rompre avec le droit antérieur, qui a donné lieu à l'apparition d'une conception pénale autonome de la notion de cessation des paiements. Il existe une conception légale et unique de la cessation de paiements qui devrait s'imposer tant au juge pénal qu'au juge commercial. La notion de faillite virtuelle doit donc être appelée à disparaître.[695] Mais il faut bien constater que très vite, la Chambre criminelle a repris sa liberté d'appréciation antérieure. Car, si la Chambre criminelle impose aux juges du fond de fixer la date de cessation des paiements pour déclarer constitué le délit de banqueroute, elle reconnaît au juge répressif le pouvoir de retenir « *en tenant compte des éléments soumis à son appréciation, une date de cessation des paiements autre que celle déjà fixée par la juridiction consulaire* ».[696]Cette solution permet au juge pénal d'apprécier des actes commis antérieurement à la date fixée par la juridiction consulaire dans le jugement d'ouverture de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire.[697]

---

[695] P. Giovanni: « La cessation des paiements dans l'infraction de banqueroute », D. 1994, Chron. 53.
[696] Crim, 18 nov. 1991, B. 415
[697] Crim, 3 oct 1996, Rev. Soc. 1997, p. 369, note B. Bouloc.

La chambre criminelle laisse ici transparaître son esprit sanctionnateur. Il semble, que « *dès lors qu'il s'agit de faire peser sur le dirigeant les conséquences répressives de son comportement, les règles pénales priment le droit commercial, même si les juges, à cette occasion, passent outre la lettre du texte et le principe d'interprétation stricte posé à l'article 111-4 du N C P* » [698]

Ces risques d'interprétation supra- téléologique étaient prévisibles lorsque l'on se réfère aux projets de loi des 1er mars 1984, 25 janvier 1985 et 10 juin 1994. En effet, selon ces projets, la notion de cessation des paiements serait « *l'impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible* », mais devrait résulter d'une conjonction de facteurs qui rendent la situation « *durablement compromise* ». On se rapproche singulièrement de la notion de « *situation irrémédiablement compromise* » qui marquait la vision autonomiste de la jurisprudence de la Chambre criminelle. Cette vision auparavant justifiée par l'indépendance de l'action publique et de l'action civile paraît de nouveau d'actualité. Encore une fois, c'est l'imprécision dans la rédaction de la loi qui est source de conflits jurisprudentiels et doctrinaux.

La dépénalisation a donc eu des résultats minimes au niveau procédural et il est regrettable que les rédacteurs du nouveau Code de commerce aient repris dans leur intégralité les textes relatifs à la banqueroute. Bien plus, on se rend compte que, de manière générale, cette dépénalisation a été largement freinée, ce qui apparaît encore plus évident à l'analyse de la jurisprudence liée aux papiers commerciaux.

[698] M. Delmas- Marty, G. Giudicelli- Delage, Droit pénal des affaires, 4 ème éd.,op cit, p. 402.

Section II: La dépénalisation freinée en matière de papiers commerciaux

La rédaction des nouvelles incriminations a ouvert la porte au risque d'interprétation supra-téléologique concernant les textes visant directement ou indirectement des documents comptables (§I). Mais pire, on constate des risques d'interprétation infra- analogique liés à la notion d'absence de comptabilité (§II). Quant à la notion de comptes consolidés, elle donne lieu à des risques d'interprétation supra- téléologique (§III)

§I Les risques d'interprétation supra-téléologique liés aux textes visant directement ou indirectement les papiers commerciaux

Ces risques d'interprétation supra- téléologique concernent les textes visant directement les documents comptables A) ou ceux qui visent indirectement les documents commerciaux, comme les textes faisant appel à la notion « *d'emploi de moyens ruineux* » B).

A) les textes visant directement les documents comptables

La notion de comptabilité fictive n'est pas suffisamment claire et précise pour exclure tout risque d'interprétation supra- téléologique.

Parmi les hypothèses envisagées par l'article L. 626-2-4° Code com. , c'est l'hypothèse de la disparition des documents comptables qui a soulevé le moins de difficultés d'interprétation. Il peut s'agir de la soustraction d'un ou plusieurs livres ou, plus largement, de tout document comptable, qui permettrait d'établir la situation réelle de l'entreprise. Ainsi, par exemple l'inventaire physique hebdomadaire des pierres d'un grossiste en pierres précieuses n'a pas été considéré comme un document comptable.[699] Et peu importe que l'acte de détournement ait été commis avant ou après le jugement ouvrant la procédure collective. Il n'existe dans cette hypothèse aucun risque d'interprétation supra-téléologique.

En revanche, le cas de la comptabilité fictive comporte quant à lui un risque non négligeable d'interprétation supra- téléologique. La notion de comptabilité fictive soulève certaines difficultés. Est tout d'abord fictive la comptabilité qui ne correspond pas à la vérité, c'est à dire dont les écritures ne relatent pas l'activité réelle de l'entreprise. C'est l'hypothèse de la double comptabilité. L'une est réelle mais fausse,

[699] TGI Paris, 16 nov. 1988, cité in Colloque , La comptabilité dans la nouvelle législation sur la banqueroute, 5 octobre 1990, XXIX ème congrès national de la compagnie nationale des experts -comptables judiciaires, p. 50.

l'autre exacte mais cachée. Ensuite, la jurisprudence semble vouloir sanctionner également les irrégularités comptables les plus graves. Celles qui infectent la comptabilité dans sa totalité au point qu'elle n'a plus aucun rapport avec la réalité économique.[700] Mais on sait combien la réalité économique est difficile à établir, de plus cette notion n'est pas juridique. Pour apprécier ce caractère, le juge peut utiliser les critères du nombre d'écritures falsifiées, l'importance des valeurs en cause ou l'abstention délibérée d'enregistrement d'une ou plusieurs écritures. Cependant, le législateur n'a pas défini avec suffisamment de précision la notion de fictivité. En effet, avec le développement de l'informatisation du traitement comptable des données, de nouvelles formes de fictivité peuvent apparaître. Ainsi, une comptabilité peut apparaître exacte, mais contenir « *une bombe logique à effet retard* ». *Ce « virus informatique* » permet de truquer la comptabilité, mais seulement dans un délai de quelques années.[701]

Plus grave, des signes d'interprétation supra-téléologique apparaissent dans la jurisprudence. Ainsi, certaines décisions font appel à la notion de fictivité partielle. Mais une comptabilité ne peut être partiellement fictive. Ainsi, selon Mesdames Delmas- Marty et Giudiceli- Delage, « ... *soit une comptabilité transmet une image fidèle de la situation de l'entreprise, soit elle ne le peut pas. Il ne saurait selon nous exister des seuils de fictivité : Une comptabilité est fictive ou ne l'est pas* ».[702]

---

[700] Crim, 1 er et 15 oct. 1998, Dr. pénal 1999, comm. 41, obs JH. Robert.

[701] M.C. Sordino, Le délit de banqueroute, Contribution à un droit pénal des procédures collectives, Bibl. Droit de l'Entreprise, Litec, t. 34 , 1996, préf. M. Cabrillac.

[702] M. Delmas- Marty et G. Giudicelli- Delage, Droit pénal des affaires, Coll. Thémis, 4 eme édition refondue, p. 414.

B) Les textes visant indirectement les documents commerciaux: l'exemple de l'emploi de moyens ruineux

Une distinction peut être envisagée entre les moyens ruineux qui portent en eux-mêmes la faillite et qui peuvent être constatés au moyen de documents intrinsèquement crédibles, comme les effets de commerce, les chèques, et les moyens extrinsèquement ruineux, c'est à dire les moyens qui ne sont ruineux que relativement, eu égard à la situation particulière de l'entreprise et qui sont constatés le plus souvent par l'interprétation de documents extrinsèquement crédibles comme les documents comptables.

L'escompte d'effets de complaisance, l'émission de chèques ne correspondant à aucune créance, et cependant portés au crédit d'une comptabilité, l'emploi de procédés de cavalerie, peuvent être assimilés à des moyens objectivement ruineux. Le recours à un procédé illicite ou à une fraude est ici clairement caractérisé. Le risque d'interprétation supra-téléologique est ici très faible dans la mesure où les documents utilisés sont intrinsèquement crédibles, le caractère ruineux des moyens utilisés n'est pas ici douteux.

En revanche, l'emploi de moyens extrinsèquement ruineux, qui ne sont ruineux que relativement, est beaucoup plus difficile à caractériser. Pour établir l'existence de moyens ruineux, il faut interpréter des documents extrinsèquement crédibles. Le compte de

résultat, et le ratio frais financiers/ chiffre d'affaires, peuvent permettre de mesurer le niveau d'endettement d'une entreprise, et ainsi de déterminer si le poids des remboursements de l'emprunt est manifestement excessif par rapport au chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise.[703] Ainsi, des agios représentant à eux seul 23 % du chiffre d'affaires ont été considérés comme des moyens ruineux visant à prolonger de manière artificielle la vie de l'entreprise.[704] Les critères utilisés ici sont plus économiques que juridiques. On devine donc les risques d'interprétation supra- téléologique. Parfois même, c'est le recours à une technique de financement comme une convention d'affacturage, qui génératrice de frais financiers pourra être qualifiée de moyens ruineux. Un arrêt de la Cour de Cassation[705] a semblé dégager trois critères:

- Les conditions générales dans lesquelles des avances sur gages ont été consenties

-Le fonctionnement du compte de la société

-le taux d'intérêt des agios.

Ces critères demeurent cependant imprécis. En outre, les jugements et les arrêts rendus par les juridictions du fond varient en fonction des circonstances de l'espèce. Dans ces conditions, le respect du principe d'interprétation strict de la loi pénale paraît douteux.

Parmi des exemples de jugements ou d'arrêts, on peut citer la décision du Tribunal de grande Instance de Paris du 18 décembre

[703] Sordino, op cit n° 310 et s.
[704] Crim., 2 avril 1984, B. 135.
[705] Crim, 20 nov. 1978, D. 1979., 525, note M. Culioli et F; Derrida, B. 319.

1984.[706] Selon cette décision, face à des difficultés momentanées d'une entreprise, un banquier pourrait, à la condition que la situation n'apparaisse pas absolument désespérée, consentir un crédit plus important qu'à l'ordinaire, alors qu'en d'autres circonstances, il aurait pu sembler disproportionné compte tenu de la structure de l'entreprise. Dans d'autres hypothèses, il a été jugé que le seul fait de souscrire un emprunt bancaire au profit d'une société en état de cessation des paiements depuis 3 ans, manifestement incapable de rembourser, n'était pas suffisant pour constituer le comportement répréhensible de l'article 626-2-1°C. com.[707] Il en va de même pour le non- paiement de dettes fiscales et sociales qui ne saurait être considéré comme un moyen ruineux.[708]

On mesure combien les termes employés sont imprécis et laissent la part belle au jugement d'équité.

[706] TGI Paris, 18 déc. 1984 , Rev. jur. com., 1985. 143.
[707] Crim, 26 sept 1996, RJDA, 1997, 134, Bull. Joly, 1997. 112, note J- F. Babièri.
[708] CA Versailles, 11 juin 1993, Bull. inf. C. cass, 1993, n° 1272.

§ II Les risques d'interprétation infra- analogique liés à la notion d'absence de comptabilité

On a pu constater combien des textes rédigés en termes imprécis peuvent conduire à une interprétation supra- téléologique. Mais en matière de papiers commerciaux, il existe plus grave: parfois la jurisprudence interprète de manière infra- analogique un texte clair et précis.

Ainsi, certains arrêts ont été jusqu'à assimiler la notion d'absence de comptabilité à celle de comptabilité irrégulière pourtant dépénalisée par la loi de 1985 A), le législateur a réagi en « *repénalisant* » la comptabilité irrégulière B).

A) L'absence de comptabilité assimilée à une comptabilité irrégulière

Dans un premier temps, le tribunal correctionnel de Paris a défendu une conception stricte de la notion d'absence de comptabilité. Cette interprétation était conforme à la lettre et à l'esprit du texte. L'absence de toute comptabilité devait s'entendre dans le sens de <u>toute</u> la

comptabilité. Le défaut devait donc être total et ne pouvait être assimilé à une comptabilité partielle, insuffisante ou irrégulière.[709] L'absence de comptabilité ne concernait pas simplement l'omission d'une écriture ponctuelle, mais une absence qui s'étendait à l'ensemble de l'activité de l'entreprise et qui s'inscrivait dans la durée. Si ces écritures présentaient une quelconque consistance, on devait poursuivre pour comptabilité fictive. Evidemment, la seule existence d'un livre de banque ou d'un «*brouillard* » de caisse ne valait pas comptabilité.

Mais dans un deuxième temps, la Cour d'Appel de Paris a procédé à une interprétation plus large.[710] Par absence de comptabilité, il fallait entendre le non- respect des prescriptions des articles 8 et 5 du Code de Commerce. On se rapprochait alors de la notion anciennement incriminée de « *comptabilité irrégulière* ». Or, cette hypothèse de comptabilité irrégulière a été dépénalisée par la loi de 1985. (Elle ne constituait plus qu'un cas de faillite personnelle). Une telle interprétation a pu paraître contraire non seulement à l'esprit mais à la lettre du texte. Par la dépénalisation, le législateur avait montré clairement et précisément son intention de faire sortir la notion de comptabilité irrégulière du cadre pénal. L'interprétation était donc ici contra legem et infra- analogique. Malheureusement les arrêts de la cour de cassation n'ont pas permis de trancher nettement la question.[711]

Ces risques d'interprétation infra- analogique concernant la notion d'absence de comptabilité ont eu pour conséquence, d'une part la

---

[709] Trib. corr. Paris, 15, 16 et 17 janv. 1986, G.P. 1986. 1. 136 et s. note Marchi: l'absence de comptabilité avait duré 1 an (15 janv.) et quatre mois (17 janv) .
[710] Cour d'appel de Paris, 31 mars 1987 Jurisdata, n°021793; 7 et 14 déc. 1987, 20 janv. 1988, G.P, 1988. 1. 360., note J- P Marchi; C.A Paris, 14 et 28 juin 1988, G.P, 1988.2. 694.
[711] Crim, 6 déc. 1993, B. 370.

« *repénalisation* » de la tenue de comptabilité irrégulière, et d'autre part de soulever des questions relatives aux comptes consolidés.

B) La « repénalisation » de la comptabilité irrégulière

Face à ces incertitudes jurisprudentielles, le législateur a décidé de pénaliser de nouveau les cas de comptabilité irrégulière dans l'article 197-5° (L.n°94-475 du 10 juin 1994) repris par l'article L. 626-2-5° C. com., mais uniquement lorsque celle- ci est « *manifestement incomplète ou irrégulière* » au regard des dispositions légales. L'adverbe « *manifestement* » témoigne encore une fois du manque de précision du législateur. Il laisse aux juges, ce qui ne paraît pas conforme au principe d'interprétation stricte de la loi pénale, le pouvoir souverain d'apprécier le degré de gravité du comportement. Les risques d'interprétation supra-téléologique ne sont donc pas écartés, bien qu'aucune jurisprudence n'aille pour l'instant dans ce sens. Et il en va de même en matière de comptes consolidés.

§III L'absence de comptes consolidés assimilée à un défaut total de comptabilité: les risques d'interprétation supra- téléologique

Sous réserve de certaines exceptions concernant les « *petits groupes* », les sociétés commerciales, quelle que soit leur forme, placées à la tête d'un groupe, doivent, indépendamment de leurs comptes annuels, établir et publier des comptes consolidés. (Art. L. 233-16 C. com).[712] En principe, toutes les filiales et participations placées sous le contrôle direct ou indirect de la société dominante ou sur lesquelles celle- ci exerce une influence notable doivent être comprises dans la consolidation. Ce sont des comptes qui récapitulent, dans des documents de synthèse, les résultats de toutes les sociétés du groupe. Ces comptes sont certifiés par les commissaires de la société mère (art. L. 225-235 C. com). Ils globalisent des résultats dont l'affectation a déjà été décidée par chaque société du groupe, par conséquent, ils ne donnent pas lieu à vote d'approbation de l'assemblée.

Ces comptes consolidés sont un moyen efficace d'information des associés,[713]et des tiers. Car sans eux ils pourraient avoir une vision tronquée de la réalité. Ainsi, des résultats florissants de la société mère pourraient masquer la situation compromise de certaines filiales. De plus,

[712] cf. « Sociétés commerciales », F. Levebvre, éd. 2000, n° 25 660 et s.

[713] Y. Guyon, Droit des affaires, TI, 10 ème éd. 1998 p 646 n°619.

fiscalement, les comptes consolidés permettent de « *lisser* » les résultats d'un groupe international. Ainsi, les sociétés françaises agréées par le ministère des finances peuvent retenir l'ensemble des résultats de leurs exploitations directes ou indirects, situées en France ou à l'étranger, pour l'assiette des impôts établis sur la réalisation et la distribution de leurs bénéfices. Enfin, depuis la septième directive européenne, du 13 juin 1983, les comptes consolidés ont également pour objectif l'harmonisation de la législation européenne.[714]

Les comptes consolidés comprennent un bilan consolidé, un compte de résultat consolidé et une annexe, l'ensemble formant un tout indissociable (Art. L. 233-20 C. com). Les principes comptables et les règles d'évaluation prévus pour l'établissement des comptes annuels sont applicables aux comptes consolidés, sous réserve des aménagements nécessités par les caractéristiques propres aux consolidations. Et les éléments d'actif et de passif ainsi que les éléments de charge et de produit compris dans les comptes consolidés doivent être évalués selon des méthodes homogènes.

Or, l'assemblée plénière du conseil national de la comptabilité a adopté un avis concernant la méthodologie de la consolidation. Cet avis a été approuvé le 29 avril 1999 et homologué le 22 juin 1999 par le comité de la réglementation comptable. Ces dispositions deviennent obligatoires pour les exercices ouverts à compter du 1er janvier 2000. Mais, ces règles nouvelles ne figurent pas dans le plan comptable général de 1999. On peut donc se poser la question de savoir si, lorsqu'une société est soumise à l'obligation légale d'établir des comptes

[714] Ripert et Roblot, traité de droit commercial, T I, 17 ème éd. , n°1372, 1573, 1867 et 2003.

consolidés, leur absence peut être assimilée à un défaut de tenu de toute comptabilité. Dans le cadre d'une interprétation téléologique pure, il ne semble pas possible d'assimiler l'absence des comptes consolidés avec le défaut de toute comptabilité. Cependant, encore une fois une imprécision législative est susceptible d'entraîner une interprétation supra-téléologique. Et rien n'empêche le juge de procéder à cette assimilation abusive.

Par conséquent, on s'aperçoit que, concernant la banqueroute, tout comme pour les chèques sans provision, un processus de dépénalisation ne peut être efficace qu'à deux conditions. Le respect des principes de clarté et de précision.

Conclusion

Au terme de cette étude relative à «*L'interprétation du droit pénal des affaires et les papiers commerciaux* », une constatation s'impose: en droit pénal des affaires, le principe d'interprétation stricte de la loi pénale n'est pas toujours respecté concernant les incriminations liées aux papiers commerciaux. Cela se traduit par la fréquence observée de l'interprétation supra- téléologique ou infra- analogique de la norme pénale. On peut se poser la question, pourquoi ce principe est- il généralement respecté en droit pénal mais pas en droit pénal des affaires?

Ce phénomène tient à la nature de la matière. Il existe une évolution constante du besoin de normes dans les affaires, évolution qui tient non seulement aux relations entre partenaires commerciaux privés, mais également aux rapports entre les personnes privées et l'Etat. En effet, non seulement les relations d'affaires sont affectées par l'évolution des techniques, l'évolution sociale, mais également par le degré d'intervention de l'Etat dans l'économie qui peut varier selon une doctrine politique, selon une conjoncture économique. Le législateur ne possède pas la réactivité suffisante pour répondre aux besoins des partenaires économiques. En somme, le droit évolue plus lentement que l'économie. Le constat est donc pessimiste. Il est impossible de respecter, en droit pénal des affaires, le principe d'interprétation stricte posé par l'article 111-4

du Code Pénal. Il semble difficile que malgré ses efforts rédactionnels, le législateur puisse améliorer sensiblement la situation. Le droit pénal trouve ici ses limites. Une pénalisation excessive peut paralyser non seulement la vie économique mais également nuire au bon fonctionnement de la justice. Or, ces dernières années ont vu une inflation législative en droit pénal des affaires. Pour paraphraser Laffer, célèbre économiste, on pourrait affirmer que « *trop de lois tuent la loi* ». Cette « *énantiodromie* »[715] juridique fait que les lois apparaissent souvent redondantes voire contradictoires. Le secrétariat général du Gouvernement estime qu'en 1995, il y avait près de 8000 lois en vigueur. Une circulaire du Premier Ministre a dénoncé justement cette situation en tenant « *pour une des tâches prioritaires du gouvernement d'endiguer la prolifération des textes législatifs et réglementaires, qui rend aujourd'hui le droit obscur, instable et finalement injuste* ».[716] On a pu ainsi dire que «*le droit sacré faisait place au droit bavard* ».[717] La présomption de connaissance de la loi n'est plus alors qu'une fiction juridique sans aucune portée pratique. Une dépénalisation du droit des affaires semble être la solution.

Cependant deux solutions sont envisageables: La dépénalisation totale du droit des affaires, ou seulement la dépénalisation partielle.

La première solution doit être rejetée: les comportements les plus graves doivent être pénalisés car ils portent atteinte à certaines valeurs juridiques fondamentales qui méritent une protection renforcée: la propriété, mais également la confiance (socle sur

---

[715] Selon Héraclite, toute chose un jour se précipite dans son contraire; cité par Carl G. Jung, « la réalité de l'âme », coll. Livre de poche, p 65.

[716] J. Gaudemet, « les naissances du droit », 2 eme éd. Montchrestien 1999, p 178.

[717] Fr. Térré, Introduction générale du droit, 4 eme éd. 1998, 196-198; 205-223.

lequel repose toute relation commerciale), et parfois même indirectement la vie humaine. En effet, l'escroc qui sciemment facture des pièces mécaniques défectueuses, du matériel médical inopérant, des produits biologiques ou alimentaires dangereux menace la vie humaine et doit être sévèrement réprimé. La répression pénale trouve ici sa place.

C'est donc la deuxième solution, celle de la dépénalisation partielle qui doit être préférée. Il convient de recentrer le droit pénal des affaires lié aux papiers commerciaux sur certaines incriminations essentielles comme l'escroquerie, le faux en écritures, l'abus de confiance ou l'abus de biens sociaux, et d'éliminer toutes les incriminations dérivées en leur substituant des solutions non- répressives puisées dans les dispositions propres au droit commercial. Seulement comment adapter ces incriminations essentielles à l'évolution constante des besoins normatifs dans les relations d 'affaires?

Ne pourrait- on pas admettre l'interprétation supra-téléologique de ces textes qui, afin d'atteindre une généralité plus conforme à l'évolution des affaires, ne peuvent être rédigés en termes suffisamment clairs et précis au regard du principe classique d'interprétation stricte. Il faudrait alors aménager le principe d'interprétation stricte, l'adapter aux spécificités du droit pénal des affaires qui fait appel à des notions commerciales et économiques. Cette adaptation pourrait passer par une nouvelle rédaction plus souple de l'article 111-4, consacré à l'interprétation de la loi pénale. Mais il apparaît que cette réforme législative serait inopportune et inadaptée:

Inopportune, car elle créerait une dérogation peut-être difficile à faire accepter à des parlementaires soucieux d'égalitarisme

(Il est vrai que la loi du 10 juillet 2000 sur la définition des délits non-intentionnels a édicté des règles spéciales pour protéger les élus ou les fonctionnaires à l'occasion de procès en responsabilité pénale);[718]

inadaptée, car il n'y a pas de raison pour faire une place à part aux notions économiques et commerciales. Il faudrait alors aussi viser des notions de droit civil, social, public... où s'arrêter?

Il ne semble pas possible de transiger avec le principe d'interprétation stricte de la loi pénale. En son temps déjà, Aristote, avec son « *épiquie* », légitimait une interprétation restrictive de la loi, lorsque la trop grande généralité de la loi risque de conduire à des résultats fâcheux.[719]

C'est donc vers une dépénalisation mesurée,[720] associée au maintien rigoureux du principe d'interprétation stricte que l'on doit s'orienter. En cela, la nouvelle nomenclature dégagée dans ce travail pourrait être utile au juge, afin qu'il puisse mieux évaluer le degré de conformité de son interprétation avec le principe d'interprétation stricte de la loi pénale.

On pourrait cependant contester cette nouvelle nomenclature sur deux points. Le premier, c'est qu'il existe déjà en droit positif des outils susceptibles d'assister le juge dans son travail d'interprétation, le second c'est que l'on peut se demander s'il n'existe pas une possibilité de

---

[718] Il est d'ailleurs curieux de constater avec quelle véhémence les parlementaires, qui pourtant votent les lois, dénoncent « l'inflation normative », « le flou juridique », « la monté en puissance du risque pénal », dès lors que c'est leur propre responsabilité qui risque d'être engagée, cf Rapport Mercier 166 (1999-2000), (http://cubitus.sénat.fr/rap/r 99-166)

[719] J. Triantaphyllopoulos, L'equita aristotelica, Atti acc. Mediterranea I. (Catane, 1983), 7-18.

[720] Selon le Président de la République, « il n'est pas sain que la recherche d'une responsabilité pénale soit considérée comme la réponse normale à tout dysfonctionnement », Discours pour l'ouverture du colloque du deuxième centenaire du Conseil d'Etat, le lundi 13 décembre 1999 (http://www.conseil-etat.fr/ce-data/actus/chirac.htm).

contrôle du législateur par le juge pénal. Un contrôle de légalité suffirait, et rendrait inutile un contrôle de conformité (de l'interprétation au principe de l'interprétation strict de la loi pénale).

Concernant le premier point, on parle en droit constitutionnel d'interprétation constructive inspirée de droits étrangers;[721]en droit européen de protection par ricochet (Cf introduction) ; en doctrine P. Vander Eycken avait élaboré une intéressante méthode d'interprétation positive, qui selon Geny constituait la « *construction d'un système d'ensemble, composé en bloc, agencé et harmonisé de parties savamment équilibrées, formant un tout cohérent et homogène* »,[722] plus tôt, Savigny avait initié le mouvement du « *Freies recht* ». Ne pourrait- on pas adapter ces théories à l'interprétation du droit pénal des affaires. Non, car elles aboutiraient immanquablement à admettre l'interprétation infra- analogique ou même analogique: la théorie constitutionnelle car elle permet au Conseil constitutionnel d'ajouter à la loi dans le but de la rendre conforme à la constitution, la théorie de la protection par ricochet car elle permet d'étendre un texte bien au-delà de ce qu'à prévu son rédacteur, la théorie de Vander Eycken car elle néglige le principe d'interprétation stricte au profit de celle d'utilité sociale, et celle de Savigny[723] et de ses successeurs car ils se référaient expressément à la notion d'interprétation analogique. [724]

Concernant le second point, il ne semble pas possible de pouvoir parler d'un véritable contrôle de légalité de la part du juge

[721] Thierry Di manno « Le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie, Ed. Economica 1997. Notons que cette technique a été utilisée pour rétablir l'incrimination de malversation (art. 207), mais avec les précisions utiles par la loi du 30 déc. 1985 .
[722] Geny, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2eme éd. 1954., p 278 et s.
[723] Geny, op cit , p 337 et s.
[724] Le mouvement du « Freies Recht » accouchera d'une sinistre descendance, le Code pénal allemand national-socialiste.

pénal. Selon l'article 55 de la constitution, une fois ratifiés et publiés, les traités ont une valeur supérieure à celle des lois. Selon cette formule, la loi interne, lorsqu'elle est en contradiction avec le traité, est seulement suspendue pour l'avenir entre les parties au traité et entre elles seuls, elle n'est pas ipso facto abrogée. Cela étant, le traité s'impose aux tribunaux qui doivent l'appliquer d'office. Et dans le cas de la Cv.E.D.H., le traité est d'applicabilité directe, c'est à dire qu'il donne naissance, par lui-même, à des droits ou des obligations en la personnes des simples citoyens. Le juge pénal pourrait donc écarter une disposition contraire à l'article 7 de la convention européenne des droits de l'homme (principe d'interprétation stricte de la loi), mais il semble toutefois que la Cour de Cassation, tout en admettant le principe d'un tel contrôle, ait quelque réticence à l'exercer pleinement car il aboutit en pratique au même résultat qu'un contrôle de constitutionnalité prohibé selon une jurisprudence constante.[725] De plus, ce contrôle aboutit à des risques de contradiction avec le juge constitutionnel.[726] Quant au contrôle de « *légalité des lois* » , plusieurs arguments s'y opposent. Même si les principes directeurs contenus dans l'article préliminaire du Code de procédure pénal issu de la loi du 15 juin 2000 énoncent que la procédure pénale doit être « *équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties...* » et ont vocation à « *irradier* »[727] la procédure pénale, il existe une impossibilité logique à contrôler la clarté et la précision des lois aux moyens de « *principes directeurs* » législatifs qui ne répondent pas eux mêmes aux impératifs de précisions que l'on est en droit d'attendre

[725] F. Desportes et F. Le Gunéhec, Droit pénal, 7 eme éd. n° 272.
[726] D. Mayer, Vers un contrôle du législateur par le juge pénal, op cit .
[727] P. Couvrat et G. Giudicelli-Delage, Rapport de synthèse du colloque « Une nouvelle procédure pénale ? », RSC. 2001, p. 139 et 140, et C. Lazerges, Le renforcement de la protection de la présomption d'innocence et des droits des victimes : histoire d'une navette parlementaire, RSC. 2001, p 9 et 10.

d'une incrimination pénale.[728] Ensuite, ces principes directeurs ne concernent que la procédure pénale, en droit pénal de fond, les principes généraux du droit n'ont aucune autonomie et se confondent avec les principes constitutionnels.[729]

L'élaboration d'une nouvelle nomenclature, d'une « *hiérarchie interprétative*» destinée à un contrôle de conformité et non à un contrôle de légalité, s'imposait donc d'elle même.

[728] Remarquons tout de même que certains auteurs sont partisans d'une primauté des principes directeurs même sur une loi claire et précise, mais il semble que cette voie soit dangereuse car méconnaissant le principe d'interprétation stricte, D. Mayer op cit.
[729] F. Desportes et F. Le Gunéhec, op cit, n° 241 .

BIBLIOGRAPHIE

I) Ouvrages généraux

A) Droit pénal général

1) Jusqu'au XIX eme SIECLE

BECCARIA(C),

Des délits et des peines, GF- Flamarion, ed 1991.

BLANCHE (A),

Etudes pratique sur le Code pénal, 2 eme éd., 1888, n° 261 p. 351; n°100

BOITARD,

Leçons de droit criminel, 1836, n° 532

CARNOT,

Commentaire sur le CP, 2ème éd 1836

CHAUVEAU (A) et HELIE (F),

Théorie du Code pénal, 6 eme éd. par Villey, 7 tomes, 1887,

Tome I,- n° 247; et p. 400

Tome V,- n°2152; n° 2271

FERRI,

La sociologie criminelle, Rousseau, 1893.

MOLINIER et VIDAL(G),

Traité théorique et pratique du droit pénal, 1892, p 102

NORMAND,

Traité élémentaire de droit criminel, 1896,-n°716

ORTOLAN,

Eléments de droit pénal, 5 eme éd., 1886, p 455, n° 1005 et s.; n° 1012

2)Du XX eme SIECLE

ANCEL (M),

La défense social nouvelle, 1954, 3 ème ed. 1981.

CONTE (P) et MAISTRE DU CHAMBON (P),

Droit pénal général, 5 eme éd. 2000, n° 387.

DEGOIS (M),

Traité élémentaire de droit criminel, 2eme ed, 1922.,- n° 165; p. 160.

DESPORTES (F) et LE GUNEHEC (F),

Droit pénal, 7 ème éd 2000, n° 684; n°79; n°25.

DONNEDIEU DE VABRES (H),

Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée, 3eme ed 1947, n° 231; n° 659; n° 1108; n ° 1635.

DOUCET (JP),

Précis de droit pénal général, Liège, 1976,-p. 153 et s.

GARCON (E),

Code pénal annoté,

Tome I, 1er éd. 1901- 1906,- Art 147, n°687

2 ème éd., mise à jour par ROUSSELET (M), PATIN(M) et ANCEL (M), 3 tomes, 1952 à 1959.

- Art 3, n° 48; Art 147, n° 781, n° 783, n° 781, n° 786, n° 793, n° 818, n°820; -art 408, n° 700.

GARRAUD (R),

Traité théorique et pratique de droit pénal français, 3eme éd, 6 tomes parus, 1913 à 1935.

Tome I,- p 494

Tome: II, 2 eme éd.,- n° 441 et 445.

Tome VI. 1935,- p. 373- 374 n° 2571; n°2667

JEANDIDIER (W),

Droit pénal général, 2 eme éd; 1991,- n°207 et 397.

LABORDE (A),

Précis de droit crim., 3e éd.,- n° 95

MERLE (R) et VITU (A),

Traité de droit criminel, , Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal génaral, 7 ème ed. Cujas 1997,- p. 239 n° 162; p 630 n°496; p 645 n°512; p 648 et 649 n°514; p 653 n°519; p 663 n°525; p 665 n° 527; p 667 n°528; p 735 n°583; p 741 n°589; p 742 n°591; p 754 n° 600.

PRADEL (J),

Droit pénal général, 10 eme éd. 1995, n° 482.

Le nouveau code pénal, Dall 1994,- p 101 ;

RASSAT (M.L),

Droit pénal général, 2 eme éd. , 1999,- n° 257 et s.

ROUJOU DE BOUBEE (G), BOULOC (B), FRANCILLON (J) et MAYAUD (Y),

Code pénal commenté, Dall. 1996,- p. 26 et 27; p 551; p 809.

ROUX (J.A),

Cours de droit criminel français, 2 eme éd., 2 tomes, 1927,Tome I:- p. 106

STEFANI (G), LEVASSEUR (G) et BOULOC (B),

Dr. pénal général, 17 eme éd. 2000,-p 101, 102 n° 100; p 227 et 228, n°254; p 230 n° 257; p 232 et 233 n° 260.

SUTHERLAND,

Principes de criminologie, éd. Cujas, 1966

TERRE (F),

Introduction générale du droit, 4 eme éd. 1998, 196-198, 205- 223.

VIDAL (G) et MAGNOL (J),

Cours de droit criminel et de science pénitentiaire, 9 eme éd., 2 tomes, 1949,TomeI,n°123 et s.

B) Droit pénal spécial/ des affaires

DELMAS- MARTY (M),

Droit pénal des affaires, 3 eme éd. 1990, coll Thémis,-p 39 et s.

DELMAS- MARTY (M) et GIUDICELLI- DELAGE (G),

Droit pénal des affaires, 4 eme éd. refondue 2000, coll. Thémis,- p 345 et s.; p 143 et s.; p 341 et s.; p. 414.et s.

GAUTHIER (P) et LAURET (B),

Droit pénal des affaires, 1997 ed eco ,-p 253 et s.

GIUDICELLI - DELAGE (G),

Dr. Pén. aff., Mémento Dalloz, 4 eme éd. 1999,- p 17 et s.

JEANDIDIER (W),

Droit pénal des affaires, Précis Dall. 4 ème éd. 2000,-n° 266 p 335; n° 263 p 332 et s;n° 2 p 3 et s.

LEVASSEUR (G),

Cours de droit pénal spécial, 1967, 1968,- p 9

LAMBERT (M),

Traité de droit pénal spécial, Paris 1968,- p 453.

LARGUIER (J) et CONTE (Ph),

Dr. pén. aff. , A. Colin, 10 eme éd. 2001,- p. 1 et s.; p 54; p 185 et s; p 249 et s; p 336 et s; p 365 et s.

VERON (M),

Dr. pén. aff., A. Colin, 3eme éd. 1999,-p 1 et s.; p. 4 et 5.

VITU (A),

Droit pénal spécial, éd Cujas 1982, n° 735; n°1205; n° 2332; n° 2346.

VOUIN (R),

Droit pénal. spécial., 1 ère éd. 1948, n° 52; n° 56; n° 97; n° 279.

C)Droit commercial/des sociétés

CHAPUT (Y),

Chèques et effets de commerce, coll. « Que sais-je », P.U.F, 2eme éd. mise à jour 1994.- P. 83 et s

COZIAN (M) et VIANDIER (A),

Droit des sociétés, 4 eme éd.,- n°1790.

GUYON (Y),

Droit des affaires , T I, 10 éme éd. 1998, p 646 n°619.

LEVEBVRE (F),

Sociétés commerciales, éd. 2000, n° 25 660 et s.

PINOTEAU (Ch),

Code des sociétés, L.G.D.J. 1969, p 167 n ° 285; p 306

RIPERT (G) et ROBLOT (R),

Traité de droit commercial, T II, 9 eme éd. LGDJ 1981, - n°2851 et s.

Traité de droit commercial , T II, 16 ème éd. LGDJ 2000: , (mise à jour: DELEBECQUE (P) et GERMAIN (M).)

- p 142 et 143 n° 1933; p 130 et 131 n°1914;p 146 n°1942;p 229 n° 2110 - p 232 n° 2115; p 187 n°2017; p 231 n°2114;p 162 n°1970; p 421 n°2400 - p 236 n°2126; p 259 n°2196.

Traité de droit commercial, T I, 17 ème éd. , n°1372; n° 1573; n° 1867; n° 2003; n°3330.

VIANDIER (A),

Droit comptable , 2eme éd. Dall 1993, -p 289 et s. n°371 et s

TOUFFAIT (A), AUDUREAU (A), ROBIN (J) , LACOSTE (J),

Délits et sanctions dans les sociétés, 2 eme éd. , Sirey 1973, p 263

D) Droit comptable/fiscal/douanier

BERR(Cl) et TREMEAU(H),

Le droit pénal douanier, 4 eme éd. Economica 1997

COLASSE (B),

Comptabilité générale, 5 eme ed economica 1996

LEFEBVRE (F),

Mémento pratique Fiscal, éd. 2001.

E) Economie, Droits étrangers

BEAD (M), DOSTALER (G)

La pensée économique depuis Keynes, éd. seuil 1996.

BELANGER (M),

Institutions Economiques Internationales, la mondialisation économique et ses limites, 6 ed Economica, 1997.

BELING,

Lehre vom Tatbestand, 1930.

BRAUDEL (F),

Civilisation matérielle, économie et capitalisme: XV e- XVIII e siècle, Armand Colin 1979, Tome II.

COLLIER (J.G) ,

Droit anglais, 2 éme ed 1992, précis Dalloz.

JOLOWICZ (J.A),

Droit anglais, 2eme ed, précis Dalloz.

LEVASSEUR (A),

Droit des Etats-Unis, Précis Dall. , 2ème éd. 1994.

LOMBOIS (C),

Droit pénal international, 2 eme ed 1979.

II) Thèses et ouvrages spéciaux

A) Thèses

BARRAULT (J),

Essai sur le rôle du silence créateur d'obligations, thèse Dijon , 1912.

BELLAMY (J),

Le préjudice dans l'infraction pénale, Thèse Nancy, 1937.

KLEIN (G),

La répression de la fraude fiscale, thèse Nancy, 1975.

KOERING- JOULIN (R),

L'article 693 du Code de procédure pénal et la localisation internationale de l'infraction. Essai sur le réglement des conflits de lois pénales dans l'espace, thèse Strasbourg, 1972.

LABBE (E.H),

De l'amende en matière pénale et fiscale, thèse Lille, 1894.

LARGUIER (J),

Étude sur la notion de titre en droit privé, thèse Montpellier, 1948.

LEINSTER (R),

Efficacité et imperfection de l'incrimination d'abus de confiance dans le droit pénal des affaires, Thèse Nancy II 1980.

LEMAIRE (F),

Du détournement et de la dissipation frauduleuse dans l'abus de confiance, th. Paris, 1913.

MAYAUD (Y),

Le mensonge en droit pénal, thèse Lyon, 1975.

PHILIPPOT (P),

Les infractions de prévention, Thèse Nancy 1977.

SCHUTZ (B),

Le principe de la personnalité des peines en droit pénal Français, thèse Nancy 1967.

SEUVIC (J-F),

L'incrimination de l'escroquerie: étude législative et jurisprudentielle, thèse Nancy II 1984.

SOUSI,

L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales, thèse Lyon, 1974.

VARINARD (A),

La prescription de l'action publique, thèse Lyon 1973.

WAGNER,

La notion d'intention pénale dans la doctrine classique et la jurisprudence contemporaine, thèse Clermont- Ferrand, 1976.

B) Ouvrages spéciaux

BOUBLI (B), CARTIER (E), CATALA (N),

La responsabilité pénale du fait de l'entreprise, Masson éd. 1977.

CABRILLAC (M) et MOULY (C),

Droit pénal de la banque et du crédit, éd. 1982.

La lettre de change dans la jurisprudence, 2eme éd.

COEURET (A),

Pouvoir et responsabilité en droit pénal social, Droit social, 1975.

COLONA d'ISTRIA (H),

L'abus de biens sociaux dans la jurisprudence, mém. D.E.A. Nice, 1993.

DASKALAKIS (E),

Réflexions sur la responsabilité pénale, P.U.F. , 1975, Travaux et recherches de l'université de Paris, Série Sciences criminelles.

DONNEDIEU de VABRES (H),

Essai sur la notion du préjudice dans la théorie générale du faux documentaire, Paris, Sirey, 1943, p 1220 et 134.

OTTENHOF (R)

Le droit pénal et la formation du contrat civil, LGDJ, Paris 1970.

GARNIER,

De l'abus de confiance commis par des officiers publics ou officiers ministériels, Travaux de la conférence de droit pénal de la faculté de droit, université de Paris, 1912 .

GAUDEMET (J),

Les naissances du droit , 2 eme éd. 1999, coll. Montchrestien, p. 178 et s.

GUYON (Y),

Traité des contrats, les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés, L.G.D.J. 1993.

GIDE (A),

Souvenirs de la Cours d'assises, Gallimard.

HUNTINGTON (S),

The Clash of Civilisation and the remaking of Wolrd Order , Simon and Schuster, New York 1996

LASCOUMES (P), PONCELA (P), LENOËL (P),

Au nom de l'ordre, une histoire politique du code pénal, Hachette, 1989.

LEGROS,

L'élément moral dans les infractions, Liège 1952.

MERTON (R.K),

Social theorie and social structures, New York, 1949; traduit sous l'intitulé: Elément de théorie et de méthode sociologique, Paris, Plon, 1965; trad. franc.

RENUCCI (J.F.), CARDIX (M),

L'abus de biens sociaux , Que sais- je n° 3297, ed. 1998.

RIPERT (G),

Aspects juridiques du capitalisme moderne , 1946.

ROBERT (D),

La justice ou le chaos, 1996

ROBLOT(R),

Les effets de commerce, Sirey 1975.

SCHOPENHAUER,

L'art d'avoir toujours raison, coll. Mille et une nuits, éd. 1998.

SOMBART (W),

Der moderne Kapitalismus, 15 e édition, 1928, T. II.

SORDINO (MC),

Le délit de banqueroute, Contribution à un droit pénal des procédures collectives, Bibl. Droit de l'Entreprise, Litec, T. 34 , 1996, préf. M. CABRILLAC.

WEBER (M),

L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme, coll Agora, ed Plon 1997.

YAMEY (B),

Scientific book keeping and the rise of capitalism, in W.T.Baxter, Studies in accounting, Sweet and maxwell, 1950.

III) Etudes et articles

BARRAUD

De l'acceptation des factures par le silence, Ann dr comm 1913. 347 et s.

BECQUE (J), CABRILLAC (M) ET RIVES-LANGE (J.C),

Les factures et les bordereaux protestables, JCP 1968. I. 2131 n°16

BOULOC (B)

- Rép. Droit pénal, Escroquerie, 1968, n° 308

- R soc, 1983, p 368 et s

- L'influence du droit communautaire sur le droit pénal interne, Mélanges Levasseur, p 111

-Revue de jurisprudence commercial 1995, p 301 et s.

-La présomption d'innocence en droit pénal des affaires, R S C 1995, p 465.

BOURLAND,

L'affacturage, .Banque 1977, 1078

BOUZAT (P),

- RSC 1970, p.110,

- Faux et usage de faux en écritures de commerce, RSC 1971, p.130et s.

CHAMPAUD (C),

Quand la justice cherche sa voie: l'abus de biens sociaux, Droit et patrimoine 1997 (Civil), p 56- 61

COSSON (J),

- Un scandale méconnu: Les fraudes sur la T.V.A., Rec. dr. pén. 1965, p 4 et s.

- La fraude fiscale en France, G.P. 1972- II, Doct, P 411 et s.

DAGOT ET MOULY,

L'usage personnel du crédit social et son abus, Rev. Soc. 1988, p 1 et s.

DELAFAYE,

Le contentieux des chèques sans provision: l'expérience du parquet de Paris, Banque, 1937, 336.

DELPECH,

L'application de l'article 405 du Code pénal au contrat de location de films de cinéma: J.C.P. 1965, 2d. G, I, 1214.

DELMAS-MARTY(M),

- Droit pénal, individu et entreprise: culpabilité du fait d'autrui ou du décideur, cahiers de droit de l'entreprise (semaine juridique), n° 39, 1985, 14539;

- Politique criminelle et droits de l'homme: vers une logique floue R.I.E.J.,1990.24.p 7.

DE ROUX (X) ET BOURGARTCHEV (K),

L'abus de biens sociaux, derniers excès, Bull. Joly, Déc. 1995 p 1025-1033.

DESSERTEAUX,

Des caractères juridiques de l'amende fiscale, Journ. Parquets 1910. 1. 127 et s.

DEVEZE (J),

Le commencement d'exécution de l'infraction en jurisprudence, R. S. 1981, p 796.

DJOUDI (J),

les fausses factures et le délit de faux, RSC 1996, p 357 et s.

DONNEDIEU DE VABRES(H),

- R.S.C. 1937, p. 696.

-La notion de document dans le faux en écritures, examen critique du système constructif français. RSC 1940, p. 171-172;

- De l'émission sans provision d'un chèque non daté, R.S.C., 1940, p. 46.

- D. 1945, P. 131.

DOUCET(JP),

- Une discussion sur l'erreur de droit, R.S.C., 1962, P. 497 et s.

DUCOULOUX- FAVARD (C),

Fausses factures et corruption, D. 1996, Chr. p. 352 et s.

FOURNIER (A),

Rép. Pen. Dall. V°compétence internationale N°106;

FRANÇON,

L'erreur en droit pénal, in Etudes sur l'autonomie du droit pénal dirigées par G. Stéfani, p. 243, n° 20 et 27.

FRAY ET BARBANEY,

L'escroquerie à l'assurance, G.P. 1978.2. Doct. 491.

FREYRIA (C),

Imprescriptibilité du délit en droit pénal des affaires? , Sem. Jur. ed. Ent, 1996, partie Etudes et Chroniques, p. 241.

GAUTIER (M),

Sur la localisation de certaines infractions économiques, Rev. crit. D.I.P. 1989, 669.

GAVALDA,

- la validité de certaines signatures à la griffe d'effets de commerce , JCP 1966.1.2034

- Le refus de vente en droit pénal international: D. 1983, chr. 97s.

-Perspectives et réalités juridiques de la convention dite d'affacturage, JCP 1989, ed E. 15 579.

GIOVANNI (P),

La cessation des paiements dans l'infraction de banqueroute, D. 1994, Chron. 53.

GOBERT (M),

La connexité dans la procédure pénale française, J.C.P. 1961. 1. 1607.

HEMARD (J),

Encyclopédie Dalloz,Dr. pén., v° Warrants,

JEANDIDIER (W),

- J. Cl. Pén., Art. 314- 1 à 314- 4, n° 35 et s. et n° 102 et s.

- J.Cl. Soc. fasc 132- B., n° 17.

- J. Cl. Pén., Faux, Fasc 4.

JIMENEZ DE ASUA,

L'analogie en droit pénal, RSC, 1949,p 187 et s.

KNUDSEN (B) ,

La fraude au détriment du budget de la communauté, R.S.C. 1995, p 65 et s.

KOERING-JOULIN (R),

-La cession Dailly de créances fictives est-elle pénalement répréhensible ?, Mélanges A. Vitu, ed Cujas 1989, p 277.

- Juris-Classeur procédure pénale , Art 689 à 696, fasc 10, n°87.

KUTCHINSKY,

Aspects sociologiques de la déviance et de la criminalité, Rapport à la IX eme conférence des directeurs d'instituts de recherches criminologiques, Publ; Conseil de l'Europe, 1972, P. 15 et s.

LABREGERE (P),

Juris-Classeur, éd. 2000, Art 689 à 696, fasc. 10.

LARGUIER (J),

- Le point de départ de la prescription en matière d'abus de biens sociaux, Mélanges Secrétan 1964, p 159 et s

- Le juge et le sorcier, J.C.P., 1967. 1. 2055.

- La notion de tentative, R.S.C., 1976. 409.

LEAUTE,

Les frontières du droit des contrats et du droit de la propriété en droit pénal spécial, in Etudes juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière P. 245.

LEBRET,

Essai sur l'intention criminelle, R.S.C., 1938, p. 438

LEGAL,

- La notion de commencement d'exécution, R.S.C., 1959, P. 843.

- L'évolution de la jurisprudence française en matière d'erreur de droit, R.P.S., 1960, p. 310 et s.

LEPOINTE (E),

Le nouveau code pénal français, Revue internationale de police criminelle, 1994, n°450, p 21 et s.

LEVASSEUR (G),

Meutre, tentative, délit impossible, R.S.C., 1986 p. 850

MANACORDA (S),

Pour un corpus juris, Noir, gris,blanc. Les contrastes de la criminalité économique, Les cahiers de la sécurité intérieure, n° 36 , La Documentation française, Paris 1999.

MARKEES (C),

Entraide internationnale en matière pénale, la loi fédérale du 20 mars 1981 (EIMP), dans FJS, Genève 1982 à 1986, colloque, l'entraide judiciaire internationale en matière pénale, civile, administrative et fiscale, études suisses du droit européen, vol 30, Georg éditeur SA, Genève 1986.

MASSE,

Définition de « l'intention de porter atteinte aux droits d'autrui dans les infractions relatives à la provision du chèque », R.S.C., 1987, 707.

MAYER (D),

« Vers un contrôle du législateur par le juge pénal ? », D. 2001, Chron. P. MORIN,

Rép. dr. crim, V° Abus de confiance, n° 10.

OTTENHOF (R),

RSC 2001, p 384 et s.

PAGEAUD,

La notion d'intention en droit pénal, J.C.P., 1950. 1. 876, n° 7

PLANIOL,

Dol civil et dol criminel, R. C. L. J., 1893, p. 545 et s.

PLAWSKI (S),

L'erreur de droit, R.S.C. 1962. 445 et S.;

ROBERT (PH),

Le point de départ du délais de prescription en matière de banqueroute, JCP, 1967. I. 2053.

SAVATIER (R),

La facture et la polyvalence de ses rôles juridiques en droit contemporain, R.T.D.Com 1973 p 1 et s.

STOULLIG,

25 ans d'affacturage en France, Banque 1990, 593.

THOMAS (D). ,

La facture pro-forma, Rev trim dr com, 1977, p 671, n° 19 et s.

TOUFFAIT (A) ET HERZOG (JB),

R.S.C. 1967, p 777.

VERON (M),

L'abus de biens sociaux, évolution ou dérive?, G.P. 15 juin 1996, pp 623- 626.

VITU (A),

-R.S.C. 1982, p.609.

- Regards sur le droit pénal des sociétés , Etudes Roblot, Paris L G D J 1984, 247.

-Homicide, infraction impossible, R.S.C 1986 p 839.

-Le principe de la légalité criminelle et la nécessité de textes clairs et précis, RSC 1991, p 555 et s.

VILLEY,

- notes au S. , 1875.1.385;1880.1. 233.

-De l'intention , de l'ignorence et de la bonne foi en matière pénale, France judiciaire, 1876, p 1

- France judiciaire, 1877- 1878: -p 185

ZOUSSMANN,

Rép. Dalloz Dr. Pén, 2eme éd, v° faux en écritures, n°27 et s.

ROGER (A),

Mélanges en l'honneur de J. Larguier, ed 1993, p 261.

IV) Notes, rapports, observations

BABIERI.(J- F)

Note sous Crim, 26 sept 1996, RJDA, 1997, 134, Bull. Joly, 1997. 112.

BASTIAN.

Note sous Crim. 4 juin 1946, J.C.P. 1947, II, 3533.

Note sous Paris, 9 fév. 1952, J.C.P. 1952. II. 6970.

Note sous Trib. corr Seine, 11 mai 1955 , J.C.P. 1955. II. 8973.

BLAISE (J.B.)

C.J.C.E. 10 mars 1992, Bull Joly 1992 § 247 p 767

BOULOC (B)

Note sous Crim, 16 mars 1970, Rev. Soc. 1970, p 480.

Note sous Crim, 16 fév. 1971, Rev. soc. 1971, 423.

Note sous Crim, 8 déc. 1971, rev. soc; 1972, 514.

Note sous Crim, 15 mars 1972, Rev. Soc. 1973,p 357.

Note sous Crim, 21 mars 1972, Rev Soc 1972 p 732

Note sous Crim, 9 mai 1973, D. 1974, 271.

Rev. soc. 1974, 696.

Note sous Crim 25 nov 1975, Rev Soc. 75, p. 655.

Note sous Crim, 27 fev 1978: Rev. Soc. 1978, 496.

Obs in Rev soc. 1979, 872.

Note sous Trib corr Paris, 10 janv 1980, R Soc 1981 . 142

Note sous Crim, 12 janv 1981, R Soc 1981, p 612 et s.

Note sous Crim, 10 août 1981, Rev. Soc. 1983, p 368.

Note sous Crim, 13 av. 1983, D.S., 1984, 461.

Obs in RSC 1985. 609.

Note sous Crim, 18 mars 1986, B 109 ; R soc 1987, p 85.

Note sous Crim, 30 sept. 1991, Rev. Soc. 1992, 356.

Obs sous Crim 25 mai 1994, in R S C. 1995 . 97.

Note sous Crim, 3 oct 1996, Rev. Soc. 1997, p. 369.

Obs in RSC 1997, p 635 n° 14.

BOUZAT (P),

Obs. in R.S.C. 1950, 208

Obs. in R. S. C. 1952, 615

Obs. in R.S.C. 1954 . 133.

Obs. in R.S.C. 1955. 86.

Note sous Trib. corr. de la Seine, 6 nov 1956, G.P., 57, I, 140; R.S.C. 1957, p. 383, obs Bouzat.

Note sous Crim, 28 janv. 1959, J. C. P. 1959, II, 11012.

Obs sous Crim, 13 mars 1968, RSC 1968, p 642.

Note sous Crim, 29 déc. 1970, B. 356, J.C.P., 1971. II. 16770.

Obs in R.S.C. 1974, p 376.

Obs. in R. S. C. 1975, 155.

Obs. in R.S.C.1978, 359. et 360.

Obs; in R. S. C. 1980, 445.

Obs. in R.S.C. 1984, 86.

Note sous Crim, 30 mars 1992, RSC 1993, p 549 .

CABRILLAC (M)

Note sous T. corr. Montpellier, 18 janv. 1951, JCP 1952, éd. G, II, 6162.

Note sous Cass. com, 18 mars 1959, RDC, 1959, 909.

Note sous Paris, 12 Déc. 1977, D.I.R. 1978. 388.

Note sous Paris, 15 déc. 1982, D., 1983. IR. 246.

Note sous Paris, 26 sept. 1985, D., 1987, Somm., 70.

CAMBASSEDES (MJ),

Note sous Crim 15 mai 1979, D., 1980. 409.

COSSON (J),

Note sous, Crim, 25 janv; 1967, B. 39, G.P. 1967. 1. 229.

DALSACE,

Note sous Crim, 8 mars 1967, D. 1967. 586.

DECOCQ

Note sous Trib. corr. Seine, 13e ch. 13 oct 1965: Rev. crit. DIP 1966, 449.

DELPECH

Note sous C.A. Montpellier, 11 mai 1949: S. 1950, 2, p; 69,

Note sous C.A. Agen, 37 mars 1958: J.C.P. 1958, éd. G, II, 10844.

Note sous T. corr. Lyon, 30 sept; 1959, J.C.P. 1960, éd. G, II, 11465.

DE LESTANG (R)

Note sous Caen, 27 mai 1953, J.C.P. 1953. II. 7858.

DELMAS- MARTY (M)

Note sous Crim, 16 déc. 1975, J.C.P. 1976, éd. G. II, 184 76.

DELPECH.

C.A. Angers, 20 déc. 1956: J.C.P. 1957, éd. G. II, 9857.

DERRIDA.

Note sous Cour de Rennes, 14 mars 1967, J.C.P. 1967. II. 15204.

Note sous Crim, 20 nov. 1978, D. 1979., 525.

DESPAX.

Note sous Crim, 20 janv 1960, B. 32, D. 1961. 56.

DONNEDIEU DE VABRES (H)

Obs. sous Crim, 3 août 1935, G.P. 1935, 2, 314.

Obs. sous Trib; Corr; Seine, 2 juin 1939, R.S.C. 1939. 682.et 300

DOUCET (JP)

Trib Corr. paris, 11 eme ch. 11 avril 1983: Gaz Pal. 1983, 2, 372.

FOURGOUX

Note sous Crim, 5 juin 1962: D. 1964, 441.

GAVALDA

Note sous Orléans, 6 mars 1963, JCP.1964.2.13618

Note sous Paris, 18 avril 1970, JCP 1971, ed. com Ind, II 10324.

GUERIN,

Note sous T. corr. Seine, 18 nov. 1957, J.C.P., 1958. II. 10447.

HUGUENEY

Obs. sous Crim,15 juin 1962, R S. C.1962, p.751.

LACOSTE.

Trib. corr. Paris 16 mars 1974; J.C.P. 1975, éd. C.I., II, 11816.

LARGUIER (J),

Note sous Crim, 5 déc. 1949, JCP 1950. II. 5828.

Note sous Trib. corr. Seine, 2 nov 1951, J.C.P. 1952. II. 6701.

Note sous Rouen, 12 juillet 1954, D. 1955. 261.

Note sous C.A. Bordeaux, 24 mars 1964, J.C.P. 64, II, 13648.

LÉGAL

Obs.sous Crim, 28 janv 1960: B. 55; R.S.C.1961.

Obs. sous Trib. corr; Bourg-en Bresse 7 juin 1961 R.S.C.1962, 515.

Obs sous Crim 14 fév. 1962, R.S.C. 1962, 748.

Obs. sous R.S.C. 1968, p. 325.

LEVEL

Note sous Crim, 21 déc. 1960 J.C.P. 61. II. 12415.

LESCOT

Paris 7 fév 1962, JCP 1962, II 12956 .

LOUSSOUARN

Trib. corr. Thonon , 27 mars 1958, 557

MARCHI,

Note sous Trib. corr. Paris 29 avril 1983, G.P. 1983, 2, 425.

Note sous Trib. corr. Paris, 15, 16 et 17 janv. 1986, G.P. 1986. 1. 136 et s.

Note sous Crim, 20 janv. 1988, G.P, 1988. 1. 360.

MAZARD

Note sous Crim. 15 mai 1961 D. 1965 p. 195.

Note sous Crim, 22 oct. 1970, D.1971, p.221 et s.

MULLER (M)

Note sous Crim, 11 oct. 1995, D. 1996. 469

RENUCCI

Note sous Crim, 28 nov. 1994, D 1995. 506.

ROBERT (JM)

Obs. sous Crim 25 mai 1967, R.S.C. 1967, 880.

Note sous Crim, 14 juin 1977, D. 1978. 127,

Note sous Crim, 24 avril 1984, B. 141; D. 1984, 508.

ROBERT (JH).

Note sous Crim, 25 mai 1994, Dr pénal 1994. 237.

Note sous Crim, 7 nov. 1994, Dr. pénal 1995. 41.

Note sous Crim, 24 janv. 1996, Dr pénal 1996. 191.

Note sous Crim, 1 er et 15 oct. 1998, Dr. pénal 1999, comm. 41.

ROUJOU DE BOUBEE,

Note sous Crim, 10 déc. 1970, D. 1972. 155.

Note sous Crim, 9 nov. 1977, D. 1978. I.R., p 71,

Obs. sous Crim, 12 fev 1979, D. 1979, I.R. 177.

Note sous Crim, 21 av. 1986, D.S., 1986, I.R. 406.

Obs sous Crim, 30 mars 1992, B 132 - D 1994 , som 157,

ROUX.

Note sous Crim, 20 mars 1919, S. 1921.1. 233.

STORCK,

Note sous Colmar 30 avril 1985: Rev. soc. 1985, 833.

TOUFFAIT- HERZOG

Note sous Cour de Paris, 30 juin 1961, D. 1962, I, 393.

VASSEUR

Note sous TGI, Paris 2 avr 1969, D 1969 p.676.

Note sous Paris, 18 avril 1970 : DS 1970, 595

VERON (M)

Obs. sous Crim, 31 janv. 1994, RDP 1994, n° 104

Obs. sous Crim, 19 sept 1995, RDP 1996, n° 34.

Obs. sous Crim, 16 nov. 1995, RDP 1996, n° 103

VITU (A).

Obs sous Crim, 13 mars 1968, RSC 1968, p 620.

Obs sous Crim, 3 février 1970, RSC 1970, p 862 et s.

Obs sous Crim, 7 mars 1972, RSC 1972, p 865.

VIVEZ

Obs. sous Crim, 7 juin 1967: Bull. crim. n° 178: JCP 68, II, 15471.1643 et s.

MERLIN,

Répert, V° vol, Section II, § 3.

TABLE DES MATIERES