

A. La loi

Nous traitons ici du droit des affaires, mais nous ne pouvons passer sous silence une loi récente venue apporter des modifications aux délits de corruptions et au trafic d'influence, même si ces deux infractions relèvent plus des atteintes contre la nation que contre les biens ; mais il est vrai qu'elles sont souvent traitées dans les ouvrages de droit pénal des affaires.

La loi en question est du 13 novembre 2007 et elle est donc relative à la corruption.

Concernant la corruption et le trafic d'influence **nationaux**, tout d'abord, un certain nombre d'évolutions sont à relever tant en ce qui concerne les personnes exerçant des fonctions publiques, des fonctions juridictionnelles ou encore celles qui n'exercent pas de fonction publique.

-Personnes exerçant des fonctions publiques

Qu'il s'agisse de la corruption ou du trafic d'influence, actif ou passif, l'auteur du délit doit désormais avoir agi « pour lui-même ou pour autrui », ce qui permet d'élargir le champ de ces incriminations aux hypothèses dans lesquelles le bénéficiaire de l'avantage serait un tiers, personne physique (parent, ami, etc.) ou personne morale (parti politique, société écran, etc.).

Il va de soi que ce tiers bénéficiaire peut être poursuivi pour recel si les conditions de l'article 321-1 du Code pénal sont réunies.

Il est encore à noter que le trafic d'influence entre particuliers (article 433-2), à l'image du nouveau trafic d'influence « juridictionnel » de l'article 433-9-1, peut désormais intervenir « à tout moment » s'alignant ainsi sur le délit propre aux agents publics (article 432-11, 2°).

Enfin, la peine complémentaire de l'affichage vise désormais la corruption passive et le trafic d'influence passif d'agents public de l'article 432-11 du Code pénal.

-Personnes exerçant des fonctions juridictionnelles

Les apports de la loi nouvelle sont ici beaucoup plus conséquents.

Tout d'abord, l'incrimination de corruption, active ou passive, se voit doublement élargie.

Quant aux personnes visées, la loi nouvelle appréhende notamment :

-le « *fonctionnaire au greffe d'une juridiction* »,

-la personne chargée « *par une juridiction administrative* » d'une mission de conciliation ou de médiation.

En revanche, n'est désormais visé qu'un « *arbitre exerçant sa mission sous l'empire du droit national sur l'arbitrage* » et non plus « *un arbitre (...) nommé soit par une juridiction, soit par les parties* ». Le nouveau texte doit cependant être mis en parallèle avec les articles 435-7, 5° et 435-9, 5°, également nouveaux, qui répriment la corruption et le trafic d'influence, passif ou actif, de « *tout arbitre exerçant sa mission sous l'empire du droit d'un Etat étranger sur l'arbitrage* ».

Quant à la nature des actes réprimés ensuite, l'élargissement vient de ce que l'article 434-9 ne vise plus seulement l'accomplissement ou le non-accomplissement d'un acte de la fonction mais également d'un acte « *facilité* » par la fonction.

En second lieu, le trafic d'influence passif et actif est désormais incriminé (article 434-9-1) à l'encontre de « *quiconque* » proposant ou acceptant des avantages afin d'obtenir de l'une des personnes visées à l'article 434-9 « *toute décision ou tout avis favorable* ». L'objet de ce délit est plus large que celui du trafic d'influence des articles applicables aux personnes exerçant des fonctions publiques qui ne répriment que l'influence en vue de la seule obtention d'une décision.

-Personnes n'exerçant pas une fonction publique

La loi nouvelle se contente d'aligner l'incrimination sur celle des autres délits de corruption. C'est ainsi que les articles 445-1 et 445-2 du Code pénal prévoient que les propositions et les acceptations entre corrupteur et corrompu doivent se faire « *sans droit* », et bien évidemment le comportement peut intervenir au profit soit de l'auteur des faits, soit d'un tiers.

En ce qui concerne la corruption et le trafic d'influence **internationaux**, nous resterons très bref ici. Sachez cependant que l'article 2 de la loi procède à une refonte du chapitre V du titre III du livre IV du Code pénal. Comme au plan interne, l'infraction peut intervenir au profit de l'auteur des faits ou au profit d'autrui, qu'il s'agisse des atteintes à l'administration publique ou à l'action de justice.

Les principales lacunes du droit antérieur résidaient dans l'absence d'incrimination tant de la corruption passive que du trafic d'influence de l'agent public et du personnel judiciaire d'un Etat étranger non-membre de l'Union européenne ou d'une organisation internationale.

Ces lacunes sont en partie comblées par la loi nouvelle.

Pour finir avec la présentation succincte de cette loi, un certain nombre de **règles de nature procédurales** sont à relever.

En effet, le législateur a créé un nouvel article 706-1-3 du CPP prévoyant l'application de certaines dispositions procédurales propres à la criminalité organisée.

Sont concernés les délits de corruption et de trafic d'influence, actifs et passifs, nationaux et internationaux, à l'exception notable de la corruption de personnes n'exerçant pas une fonction publique (article 445-1 et 445-2), qui ne figure pas non plus dans la liste de l'article 704 (procédure applicable aux infractions en matière économique et financière).

Etrangement, est aussi intégré dans l'article 706-1-3 le délit d'escroquerie commis en bande organisée qui, corrélativement, se voit retiré de la liste de l'article 706-73.

Les mesures applicables à ces infractions sont les suivantes :

- surveillance (article 706-80) ;
- infiltration (article 706-81 à 706-87) ;
- interception de correspondances émises par voie de télécommunication (article 706-95) ;
- sonorisation et fixation d'images dans certains lieux et véhicules (article 706-96 à 706-102) ;
- mesures conservatoires (article 706-103) ;
- ainsi que les mesures relatives aux droits de la défense des articles 706-105 et 706-106.

En revanche, les auteurs des délits précités échappent aux autres mesures spécifiques à la délinquance organisée telle que la garde à vue prolongée (article 706-88) ou les perquisitions nocturnes (articles 706-89 à 706-94) qui ont été jugées excessives « *par rapport à la gravité des infractions concernées* » (Rapport de l'AN).

Ce point peut d'ailleurs surprendre alors que la corruption constitue une activité fréquente de certains groupes criminels organisés, ce qui pouvait justifier son intégration dans la liste de l'article 706-73 à l'image du vol commis en bande organisée.

B. La jurisprudence

Ici seule la jurisprudence sera évoquée. En effet, aucune loi marquante n'est venue modifier le régime des infractions pouvant être classées dans le droit pénal des affaires.

1. L'abus de biens sociaux

Les décisions relatives à la prescription du délit d'abus de biens sociaux sont nombreuses.

Dans un premier temps, il était affirmé que le délai de prescription ne commençait à courir qu'à compter du jour où l'infraction était apparue dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique, ce qui rendait le délit quasiment imprescriptible (Cass. crim., 7 décembre 1967 : Bull. crim. 1967, n° 32. – Cass. crim., 27 juillet 1993 : Dr. pén. 1994, comm. 89).

Cependant, depuis 1997, la Cour de cassation s'est mise à encadrer temporellement le délai : le délai de prescription commence à courir à compter de la présentation des comptes annuels par lesquels les dépenses litigieuses ont été mises indûment à la charge de la société, aux associés, sauf dissimulation (Cass. crim., 5 mai 1997 : Bull. crim. 1997, n° 159).

Dès lors, le point de départ du délai dépend étroitement du sens que la jurisprudence donne à la notion de dissimulation.

La dissimulation sera caractérisée chaque fois que les associés ne disposeront pas d'informations particulières leur permettant de découvrir les usages abusifs de biens sociaux réalisés par le dirigeant (Cass. crim., 7 mai 2002 : Bull. crim. 2002, n° 106). Cependant, il suffira que les associés connaissent le principe des malversations commises sans être informés sur le détail de celles-ci pour admettre qu'il n'y a pas dissimulation (Cass. crim., 19 octobre 1999 : Dr. pén. 2000, comm. 35).

Or, l'année 2006 a été marquée, sur ce point, par plusieurs arrêts que l'on peut classer dans deux groupes :

-le premier groupe est composé par des arrêts qui appliquent la règle jurisprudentielle selon laquelle « *la prescription de l'action publique du chef d'abus de biens sociaux court, sauf dissimulation, à compter de la présentation des comptes annuels par lesquels les dépenses litigieuses sont mises indûment à la charge de la société* » (Cass. crim., 14 juin 2006 et Cass. crim., 28 juin 2006 : Dr. pén. 2006, comm. 126. – Cass. crim., 25 octobre 2006 : Dr. pén. 2006, comm. 161) ;

-et l'autre ceux qui ne l'appliquent pas (Cass. crim., 8 mars 2006 : Dr. pén. 2006, comm. 85. – Cass. crim., 28 juin 2006 : Dr. pén. 2006, comm. 142).

Ainsi, concernant le premier groupe citons l'arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 25 octobre 2006 (Cass. crim., 25 octobre 2006 : D. 2006, AJ p. 2736) dans lequel elle admet le décalage du point de départ de la prescription au jour où des vérifications fiscales et sociales ont révélé des détournements de fonds sociaux par le biais de rémunérations excessives non soumises à l'approbation de l'assemblée et qui n'apparaissaient donc pas de manières explicites dans la comptabilité.

Cette solution est, nous l'avons vu, celle qui est la classiquement retenue. Elle tend à instaurer une certaine efficacité à la politique répressive en matière d'abus de biens sociaux.

Evoquons néanmoins le cas des deux arrêts figurant dans le second groupe précité.

Dans les petites sociétés, les associés n'attendent pas toujours l'assemblée générale ordinaire pour s'informer des affaires sociales. La Cour de cassation est sensible à cette donnée de fait et en a tiré des conséquences opposées :

-dans un cas, elle affirma que la présentation des comptes sociaux n'avait pas fait courir la prescription (Cass. crim., 8 mars 2006 : Dr. pén. 2006, comm. 85)

-et dans l'autre, au contraire, que des comptes incomplets et dont on n'est même pas sûr qu'ils aient été présentés, auraient dû précisément alerter les associés du gérant indélicat (Cass. crim., 28 juin 2006 : Dr. pén. 2006, comm. 142).

Ces arrêts ne sont-ils que des arrêts d'espèces ? L'avenir nous le dira.

La solution retenue dans la plupart des cas demeure néanmoins celle qui figure dans arrêts du premier groupe.

Evoquons tout de même une décision particulière rendue le 26 février 2007 (Cass. crim., 26 février 2007 : Dr. pén. 2007, comm. 83). En l'espèce, l'arrêt pose comme solution que le délit d'abus de bien sociaux d'une société résultant d'un cautionnement hypothécaire commence à se prescrire du jour où cette sûreté est publiée.

Il est à noter que dans cette affaire, la sûreté en cause était un cautionnement hypothécaire de sorte qu'il avait fait l'objet d'une publicité à la conservation des hypothèques. C'est à la date à laquelle cette formalité fut accomplie, et non au jour de la présentation des comptes sociaux, que l'arrêt rapporté fait courir le début de la prescription lorsque le cautionnement constitue un abus de biens.

La règle nouvelle devrait avoir, pour la doctrine, une grande portée chaque fois que l'acte constitutif du délit est soumis à une publicité légale, telle que la vente d'immeuble, de navire ou de fonds de commerce.

On peut surtout craindre quelle ne bouleverse un peu plus encore des solutions déjà très tourmentées.

2. La banqueroute

Citons un arrêt du 14 février 2007 (**Cass. crim., 14 février 2007 : Dr. pén. 2007, n° 73**). Le gérant d'une SARL avait emprunté la clientèle de la société. Le contrat, rédigé par un juriste érudit, était qualifié de « commodat », ce qui est l'autre nom du prêt à usage, et il était stipulé pour trois ans, après quoi le gérant devait racheter la clientèle. Ce bien immatériel était probablement le principal actif de la société. Or, le prêt à usage « *est essentiellement gratuit* », selon l'article 1876 du Code civil, de sorte que le gérant-emprunteur ne devait rien à la société mais n'en percevait pas moins les honoraires par la clientèle. La société fit l'objet d'une procédure collective et son gérant fut poursuivi pour banqueroute par détournement d'actif.

Condamné par la cour d'appel, il soutenait dans son pourvoi qu'il n'avait pas pu commettre la banqueroute car le contrat litigieux avait été conclu le 3 avril 2000, tandis que le tribunal de commerce avait fixé la date de cessation des paiements de la société à une date postérieure, celle du 12 janvier 2001.

On sait en effet que le détournement est un abus de biens sociaux ou une banqueroute selon qu'il est commis, au préjudice d'une société, avant ou après sa cessation des paiements (Cass. crim., 7 avril 1998 : Dr. pén. 1998, comm. 99).

Mais cette règle supporte une exception lorsque le détournement est la cause directe de la cessation des paiements (Cass. crim., 21 septembre 1994 : JCP E 1995, II, 690).

Or, l'arrêt étudié réunit les conditions à l'application de cette exception. C'est ce que les juges du fond, approuvés par la Cour de cassation, constatent en disant que le commodat litigieux avait « *eu pour effet (...) de signer la cessation des paiements* ».

3. Le démarchage

Le démarchage réglementé est défini par l'article L. 121-21 du Code de la consommation, comme celui qui est pratiqué en vue de « *proposer l'achat, la vente, la location, la location-vente ou la location avec option d'achat de biens ou la fourniture de services* ». Or ce démarchage implique de respecter tout un ensemble de textes.

C'est ainsi qu'une association d'aide aux victimes recherchait des adhérents en dépouillant la presse locale pour y relever les accidents de la route. Son président démarchait ensuite les blessés et les familles des victimes et leur proposait une convention d'assistance et de gestion pour la conduite des négociations ou des procédures contre d'éventuels responsables. La visite se concluait par la remise d'un contrat, qui ne comportait pas de formulaire de rétractation, et par la demande de paiement formulée avant un délai de 7 jours, en violation des articles L. 121-24 et L. 121-6 du Code de la consommation, dont l'inobservation est réprimée par son article L. 121-28.

Le président de l'association fut ainsi condamné de ce chef et son pourvoi rejeté par un arrêt de la chambre criminelle du 26 septembre 2006 (**Cass. crim., 26 septembre 2006 : Dr. pén. 2006, comm 156**).

Ainsi, cette infraction ne disparaît pas parce que prestataire de services est une association sans but lucratif : cette qualification repose sur le fait que ses membres ne partagent pas des bénéfices (article 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901), mais elle n'interdit pas à l'association de conclure des actes à titres onéreux et même de faire des actes de commerce. Dès lors, pour apprécier le caractère onéreux ou non du contrat conclu entre une association et un tiers, il faut considérer les seules stipulations de cet acte en faisant abstraction de la qualité des parties.

Par ailleurs, un important arrêt du 27 juin 2006, considéré comme un revirement (**Cass. crim., 27 juin 2006 : D. 2007, p. 484**) a tempéré la règle selon laquelle, même lorsqu'elle est sollicitée, la visite inspirée par le désir de conclure un contrat constitue un démarchage. La règle résulte des mots « *même à sa demande* » insérés dans l'article L. 121-21 du Code de la consommation qui introduit la section « Démarchage ».

Jusqu'au 27 juin 2006, elle était appliquée avec une extrême rigueur au démarcheur : il était assujéti au Code de la consommation même si une entrevue avait préparé sa venue au domicile du consommateur (Cass. crim., 14 février 1991 : Bull. crim. 1991, n° 75) ou si, après un appel téléphonique et l'envoi par la poste d'un contrat, la marchandise avait été livrée à domicile mais payée sur-le-champ (Cass. crim., 12 octobre 1999 : Dr. pén. 2000, comm. 32).

L'arrêt du 27 juin 2006 apporte deux amendements à cette jurisprudence :

-d'une part, « *le déplacement d'un professionnel au domicile d'un consommateur pour l'étude des lieux et la prise des mesures nécessaires à l'établissement d'un devis envoyé ultérieurement par voie postale (...) ne constitue pas un démarchage* » si du moins aucun engagement n'a été pris à cette occasion ;

-d'autre part, n'est pas non plus un démarchage, la signature d'un bon de commande, même au domicile du consommateur, lorsque cet acte ne fait que reproduire « *les conditions essentielles* » d'un contrat, régulièrement fixées en un lieu commercial.

Mais ces amendements jurisprudentiels n'abolissent pas le principe qui est que, même sollicitée, une visite à domicile tendant à la conclusion d'un contrat reste un démarchage. C'est ce que rappelle un arrêt rendu le 13 février 2007 (**Cass. crim., 13 février 2007 : Dr. pén. 2007, comm. 75**). En l'espèce, un démarcheur s'était précipité chez une veuve dont le mari venait de mourir la nuit précédente, lui avait proposé des prestations de pompes funèbres et était reparti avec un chèque. Le fait qu'il ait été sollicité par une amie de la femme n'empêcha pas l'application du principe

4. La revente à perte

L'article L. 442-1 du Code de commerce interdit la revente à perte et la punit d'une amende de 75 000 euros.

La Cour de cassation a été saisie de la question de savoir si ce délit pouvait être consommé par un commerçant qui vend, pour un prix ferme et définitif, une chose dont il n'est pas propriétaire et dont le prix, lorsqu'il se la procure, est plus grand que celui auquel il a promis de vendre.

La Cour de cassation a décidé par un arrêt du 6 décembre 2006 (**Cass. crim., 6 décembre 2006 : Dr. pén. 2007, comm. 41**) que le texte d'incrimination et de pénalité s'appliquait aussi en ce cas là. La Haute juridiction approuve la condamnation d'une société d'hypermarchés qui avait vendu du fioul dont le cours avait augmenté au moment où elle-même avait dû s'approvisionner.

En l'espèce, les juges du fond avaient fondé leur décision en affirmant « *qu'en ne prenant pas en considération les hausses du prix du pétrole, la société a sciemment revendu à perte* ».

5. La publicité fausse ou de nature à induire en erreur

Le siège du mensonge publicitaire incriminé par l'article L. 121-1 du Code de la consommation est défini de manière très vaste, par une liste d'objets excessivement longue. Le texte n'inclut pas seulement les qualités substantielles du bien ou du service vanté par l'annonceur, celles qui déterminent le consentement d'un éventuel acheteur, mais n'importe quelle allégation liée aux contrats proposés par la publicité.

Citons un arrêt du 20 mars 2007 (**Cass. crim., 20 mars 2007 : Dr. pén. 2007, comm. n° 86**).

En l'espèce, le mensonge portait sur la structure de l'entreprise annonceur dont le métier était le transport : économiquement elle était unique, animée par un seul et même homme, mais son activité était partagée entre 3 sociétés distinctes dont deux avaient leur siège en France et la 3^{ème} au Luxembourg. Un aménagement décrit par l'arrêt centralisait en un seul lieu tous les appels des consommateurs qui croyaient s'adresser à des transporteurs concurrents entre eux.

L'arrêt rapporté se réfère alors aux « *conditions de vente ou aux résultats pouvant être attendus de leur utilisation* ». Pour la doctrine, un rattachement à « *l'identité du prestataire* » aurait été préférable.

Néanmoins, au-delà de cette incertitude, constitue une publicité fausse ou de nature à induire en erreur, le fait de laisser croire aux consommateurs qu'ils s'adressent à des sociétés concurrentes alors qu'elles constituent économiquement, une entité unique animée par le même entrepreneur.

Citons encore un autre arrêt du 27 mars 2007 (**Cass. crim., 27 mars 2007 : Dr. pén. 2007, comm. 87**) qui est venu préciser, dans une autre affaire, qu'une publicité trompeuse identique, diffusée simultanément en plusieurs lieux, ne peut donner lieu qu'à une seule poursuite car il s'agit du même délit.

6. La faillite personnelle et l'interdiction de gérer

Jusqu'à ce que la chambre criminelle se prononce par trois arrêts du 8 novembre 2006 (**Cass. crim., 8 novembre 2006 : Dr. pén. 2007, comm. 9**), la faillite personnelle et l'interdiction de gérer n'avaient pas la même durée selon qu'elles étaient infligées à titre de peines complémentaires par les juridictions répressives ou à titre de sanction civile par les tribunaux de commerce ou de grande instance statuant en matière de redressement des entreprises.

La chambre criminelle a saisi l'occasion de la réforme du 26 juillet 2005 sur les procédures collectives pour aligner la durée des peines complémentaires sur celle des sanctions prononcées par les juridictions civiles et commerciales, laquelle est fixée par l'article L. 653-11 du Code de commerce : « *Lorsque le tribunal prononce la faillite personnelle ou l'interdiction prévue à l'article L. 653-8 (interdiction de gérer), il fixe la durée de la mesure, qui ne peut être supérieure à quinze ans* ».

Il est à noter que la règle est immédiatement applicable, même aux prévenus qui ont commis le délit de banqueroute avant le 1^{er} janvier 2006, date d'entrée en vigueur de la loi du 26 juillet 2005.

Voilà pour ce petit « tour d'horizon » du droit pénal général, du droit pénal spécial et du droit pénal des affaires en 2007, voire en fin d'année 2006. Les évolutions sont nombreuses et variées.

Mais s'il est une branche du droit qui ait connu d'importantes évolutions en 2007, c'est bien la procédure pénale, dont il convient à présent d'étudier les principaux apports tant de la loi que de la jurisprudence.

M LASSERRE CAPDEVILLE

Maître de Conférences à l'Université R. Schuman de Strasbourg