

La transparence et l'obstacle : le secret de l'avocat face à la déclaration de soupçon

La loi du 11 février 2004, portant réforme de certaines professions judiciaires ou juridiques, a transposé en droit interne la directive européenne du 4 décembre 2001 relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux. Désormais, les avocats seront dans certains cas contraints à une déclaration de soupçon. Le secret professionnel de l'avocat, que nous pensions absolu depuis Emile Garçon, est désormais relatif (Dir. n° 2001/97/CE, 4 déc. 2001, JOCE 28 déc., n° L 344, p. 76 ; L. n° 2004-130, 11 févr. 2004, JO 12 févr., p. 2847).

Sommaire

La transparence et l'obstacle : le secret de l'avocat face à la déclaration de soupçon, par William Feugère..... 1

Actualisation de l'ouvrage..... 7

- Responsabilité pénale des personnes morales
- Pouvoirs des agents des douanes
- Juridictions spécialisées en matière économique et financière
- Dépénalisation du droit des sociétés

Pratique15

- Règlement général de l'AMF

(Ce numéro est accompagné d'un encart publicitaire)

I - L'infraction de blanchiment : les réglementations nationales, européennes et internationales

Le blanchiment est une infraction proche du recel en ce qu'elle complète la commission d'une infraction principale initiale. Mais, alors que receler c'est conserver en l'état le produit d'une infraction, blanchir, c'est tenter de donner à ce produit une apparence de légalité. Blanchir nécessite la mise en œuvre de techniques, de montages, plus ou moins sophistiqués : une véritable ingénierie au service de la criminalité qui justifie en soi l'instauration d'une infraction spécifique, sévèrement réprimée.

La lutte contre le blanchiment date en réalité d'à peine vingt ans et s'est inscrite immédiatement dans un cadre

suite page 2

international : les législations nationales éparses doivent en effet impérativement s'harmoniser pour être adaptées à une criminalité qui est transnationale.

La lutte contre le blanchiment passe par trois niveaux, la prévention, le renseignement financier et la répression : prévention par les règles instaurées en matière d'identification du client, de traçabilité des transactions ou de formation des différents intervenants ; renseignement financier par le biais des déclarations de soupçons et leur traitement par des cellules spécialisées ; répression par l'instauration d'un délit spécifique de blanchiment.

Chacune des législations en vigueur se rattache à l'une ou l'autre de ces strates, ou à plusieurs à la fois.

L'incrimination en droit français du blanchiment apparaît pour la première fois avec la loi n° 87-1157 du 31 décembre 1987 qui institue l'article 222-38 du Code pénal, punissant de dix ans d'emprisonnement et 750 000 euros d'amende « *le fait de faciliter par tout moyen la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus* » issu d'un trafic de stupéfiants ainsi que le fait d'apporter « *son concours aux opérations de placement, de dissimulation ou de conversion du produit* » des infractions commises.

Le 23 décembre 1988, une seconde loi crée une infraction analogue, en matière douanière (L. n° 88-1149, 23 déc. 1988 ; C. douanes, art. 415).

Un an après, la Convention des Nations Unies signée à Vienne le 20 décembre 1988, relative à la lutte contre le trafic illicite de stupéfiants et substances psychotropes instaure l'obligation pour les États de créer un délit de blanchiment des capitaux provenant du trafic de stupéfiants.

Il est prévu en outre qu'un groupe soit créé pour étudier les mesures à mettre en œuvre pour lutter contre le blanchiment ; ce sera le GAFI (Groupe d'action financière internationale), qui naîtra un an plus tard, en 1989, à l'occasion d'une conférence du G7 à Paris (le sommet de l'Arche).

Le GAFI, qui a son siège dans les locaux de l'OCDE, a pour objet d'émet-

tre des recommandations, régulièrement complétées et actualisées, destinées à favoriser la lutte contre le blanchiment.

C'est notamment à la suite des quarante recommandations de 1990 que la France a créé TRACFIN, cellule rattachée au ministère de l'Économie et des Finances.

Peu à peu les gouvernements ont pris conscience que le blanchiment observé ne concernait pas seulement l'argent provenant de trafics de stupéfiants, mais plus généralement le produit de toute activité criminelle ou délictuelle.

C'est ainsi que le droit français connaît désormais une seconde infraction de blanchiment : la loi n° 96-392 du 13 mai 1996 a introduit les articles 324-1 à 324-9 du Code pénal qui définissent et sanctionnent le blanchiment, quel que soit le crime ou le délit d'origine :

« *Le blanchiment est le fait de faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect.*

Constitue également un blanchiment le fait d'apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit ».

Mais l'infraction initiale n'a pas pour autant été supprimée : deux incriminations distinctes coexistent donc, en fait pour des raisons procédurales : au trafic de stupéfiant, et au blanchiment de ses profits, sont attachées des règles de procédure pénale spécifiques (durée de garde à vue, sections spécialisées, etc.).

Les établissements financiers ont été les premiers concernés par la lutte contre le blanchiment puisqu'ils se trouvent au contact direct du produit des infractions.

En droit interne français, les articles L. 561-1 à L. 564-3 du Code monétaire et financier, créés par la loi n° 90-614 du 12 juillet 1990 transposant les premières recommandations du GAFI, soumettent notamment ces établissements à des obligations

d'identification du client (« *know your customer* »), de conservation des documents et de vérification de traçabilité des opérations.

Les banquiers doivent aussi saisir TRACFIN, qui peut transmettre ensuite au Parquet ou aux douanes les éléments qui lui ont été adressés.

Toujours ce même triptyque : prévention, renseignement, répression.

Précisons que celui qui dénonce ne pourra être poursuivi pour violation du secret professionnel (C. mon. et fin., art. L. 562-8), ni risquer des actions en responsabilité civile s'il a dénoncé de bonne foi.

Les obligations des établissements financiers ont ensuite été renforcées par la loi sur les nouvelles régulations économiques (NRE) n° 2001-420 du 15 mai 2001 qui les oblige désormais à dénoncer non plus ce qui « *paraît* » mais ce qui « *pourrait* » être du blanchiment. Cela a conduit à instaurer des systèmes internes de détection des « *anomalies* », événements anormaux dans le compte du client considéré.

Certaines opérations doivent aussi être déclarées à TRACFIN, quand bien même le banquier n'aurait-il aucun soupçon : opérations avec trusts, fiducies ou assimilés.

Enfin parallèlement, l'Europe a mis en place sa propre législation.

Dans le cadre du Conseil de l'Europe, une recommandation du Comité des ministres a été adoptée le 27 juin 1980 relative à la vérification de l'identité des clients et des opérations portant sur des sommes importantes. Cette recommandation a été suivie par une Convention du 8 novembre 1990 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime.

Par ailleurs, au sein de l'Union européenne, une première directive a été adoptée le 10 juin 1991 (Dir. Cons. n° 91/908/CEE, 10 juin 1991, JOCE 28 juin, n° L 166, p. 77) relative à la prévention de l'utilisation du système financier à des fins de blanchiment de capitaux.

Cette directive a été ensuite complétée par une seconde, le 4 décembre 2001 (Dir. Cons. n° 2001/97/CE, 4 déc.

2001, JOCE 28 déc., n° L 344, p. 76), qui nous intéresse plus particulièrement puisque c'est elle qui est transposée par la loi n° 2004-130 du 11 février 2004.

Désormais, les avocats seront soumis eux aussi à l'obligation de déclaration de soupçon.

II - Les avocats et la déclaration de soupçon : l'avenir du secret professionnel

Cette déclaration de soupçons va directement à l'encontre du secret professionnel de l'avocat, prévu notamment à l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 :

« En toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères, à l'exception de celles portant la mention "officielle", les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel ».

Il s'agit là d'une disposition « protection », qui vise à garantir l'avocat de toute tentative d'intrusion par les pouvoirs publics ; la disposition « sanction » est prévue quant à elle à l'article 226-13 du Code pénal :

« La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

Enfin, le nouveau Règlement intérieur unifié des avocats (Décision à caractère normatif du CNB, n° 2004-001) consacre son article 2 au secret et en rappelle la philosophie :

« L'avocat est le confident nécessaire du client. Le secret professionnel de l'avocat est d'ordre public. Il est général, absolu et illimité dans le temps.

L'avocat ne peut en être relevé par son client, par quelque autorité que ce soit ou plus généralement par qui que ce soit, sauf

pour les besoins strictement nécessaires à sa défense et dans les cas suivants :

- mise en cause dans une procédure pénale,
- recherche de responsabilité civile professionnelle,
- contestations d'honoraires.

La violation du secret professionnel constitue un délit et un manquement à la règle déontologique ».

Même si des dérogations existaient, notamment avec l'article 226-14 du Code pénal, et malgré des péripéties récentes en matière de courriers officiels entre avocats, réglées d'ailleurs par la loi du 11 février 2004, le principe du secret professionnel demeurerait relativement clair.

Sa justification est en revanche parfois plus difficile à appréhender pour qui n'est pas avocat – ou n'a pas été poursuivi –, c'est-à-dire pour le néophyte, auquel le législateur semble désormais s'apparenter.

Emile Garçon, par une formule célèbre, avait pourtant répondu à ces incompréhensions : *« le bon fonctionnement de la société veut que le malade trouve un médecin, le plaideur un défenseur, le catholique un confesseur, mais ni le médecin, ni l'avocat, ni le prêtre ne pourraient accomplir leur mission si les confidences qui leur sont faites n'étaient assurées d'un secret inviolable. Il importe donc à l'ordre social que ces confidentiels nécessaires soient astreints à la discrétion et que le silence leur soit imposé sans conditions ni réserves car personne n'oserait plus s'adresser à eux si l'on pouvait craindre la divulgation du secret confié »* (Garçon E., C. pén., art. 378, n° 7).

Malgré cela, certains ont persisté – persistent encore – à opposer secret et transparence, secret et lutte contre la criminalité. De même que la loi dite Perben II a pu, très récemment encore, opposer lutte contre la criminalité et droits de la défense...

« La transparence et l'obstacle », pour reprendre le titre de l'ouvrage de Jean Starobinski... la balance penche aujourd'hui nettement vers la transparence, et contre le secret perçu comme un obstacle néfaste.

En témoigne la directive européenne n° 2001/97/CE du 4 décembre 2001

qui soumet à la réglementation existante certaines professions qui n'étaient pas, jusqu'alors concernées, ainsi les avocats.

Les considérants 14, 15 et 16 sont à cet égard très clairs :

« (14) Les blanchisseurs de capitaux ont de plus en plus tendance à utiliser les professions non financières. Cette évolution est confirmée par les travaux du GAFI sur les techniques et typologies de blanchiment de capitaux.

(15) Il convient que les obligations imposées par la directive en matière d'identification des clients, de conservation des enregistrements et de déclaration des transactions suspectes soient étendues à un nombre limité d'activités et de professions qui se sont avérées particulièrement susceptibles d'être utilisées à des fins de blanchiment de capitaux.

(16) Les notaires et les membres des professions juridiques indépendantes, tels que définis par les Etats membres, devraient être soumis aux dispositions de la directive lorsqu'ils participent à des transactions de nature financière ou pour le compte de sociétés, y compris lorsqu'ils fournissent des conseils fiscaux, transactions pour lesquelles le risque que les services de ces professions juridiques soient utilisés à des fins de blanchiment des produits du crime est plus élevé ».

Les avocats sont en effet susceptibles d'être utilisés, malgré eux. On a vu que le blanchiment induisait une véritable ingénierie, y compris juridique, que les connaissances techniques et pratiques des avocats peuvent permettre en toute bonne foi.

L'article 2 bis de la directive de 2001 soumet en conséquence les avocats aux obligations en matière de lutte contre le blanchiment, notamment à la déclaration de soupçon.

Certaines opérations sont toutefois spécifiquement visées, dont certaines interdites en France aux avocats :

- « i) l'achat et la vente de biens immeubles ou d'entreprises commerciales ;
- ii) la gestion de fonds, de titres ou d'autres actifs, appartenant au client ;
- iii) l'ouverture ou la gestion de comptes bancaires ou d'épargne ou de portefeuilles ;

iv) l'organisation des apports nécessaires à la constitution, à la gestion ou à la direction de sociétés ;

v) la constitution, la gestion ou la direction de fiducies, de sociétés ou de structures similaires ».

Mais si l'avocat est soumis à la déclaration de soupçon, il n'est pas évident paradoxalement qu'il soit obligé de violer son secret professionnel. Le considérant n° 17 laisse même penser le contraire :

« (17) Toutefois, dans les cas où des membres indépendants de professions consistant à fournir des conseils juridiques, qui sont légalement reconnues et contrôlées, par exemple des avocats, évaluent la situation juridique d'un client ou le représentent dans une procédure judiciaire, il ne serait pas approprié que la directive leur impose l'obligation, à l'égard de ces activités, de communiquer d'éventuels soupçons en matière de blanchiment de capitaux.

Il y a lieu d'exonérer de toute obligation de déclaration les informations obtenues avant, pendant et après une procédure judiciaire ou lors de l'évaluation de la situation juridique d'un client. Par conséquent, la consultation juridique demeure soumise à l'obligation de secret professionnel, sauf si le conseiller juridique prend part à des activités de blanchiment de capitaux, si la consultation juridique est fournie aux fins du blanchiment de capitaux ou si l'avocat sait que son client souhaite obtenir des conseils juridiques aux fins du blanchiment de capitaux ».

La dernière phrase est lumineuse : l'avocat est exonéré lorsqu'il intervient au judiciaire ou, au juridique, lorsqu'il ignore que sa consultation a une fin de blanchiment. En d'autres termes, il ne doit dénoncer que lorsqu'il participe à un blanchiment en toute connaissance de cause... Donc lorsqu'il est complice ! Il n'est peut être pas inutile de rappeler que l'avocat, lorsque son client lui demande conseil pour commettre une infraction, a l'obligation de se déporter.

La loi du 11 février 2004 a opéré la transposition partielle de cette directive. Pourtant, il eut sans doute été plus judicieux de différer de quelques

mois cette transposition ; on a vu le gouvernement français moins impatient pour intégrer la réglementation communautaire en droit interne.

La première directive européenne, datée du 10 juin 1991 faisait suite aux premières

« Quarante recommandations » du GAFI, formulées en 1990. Ces recommandations ont été révisées en 1996, la seconde directive, du 4 décembre 2001, en est pour partie la conséquence.

Or, alors même que la France préparait la transposition de cette seconde directive, et élaborait ce qui allait devenir la loi du 11 février 2004, le GAFI publiait en juin 2003, une nouvelle version de ses Quarante recommandations, très modérée à l'égard des avocats et dont la loi française aurait peut-être pu s'inspirer.

La recommandation n° 12 impose ainsi un devoir de vigilance aux « Avocats, notaires, autres professions juridiques indépendantes et comptables – lorsqu'ils préparent ou effectuent des transactions pour leurs clients ».

Mais il s'agit bien d'un devoir de vigilance, de l'application de règles de prévention (notamment, l'identification du client).

Concernant en revanche la « déclaration d'opérations suspectes », le GAFI est plus réservé concernant les avocats. Si la recommandation n° 16 indique bien que « les avocats (...) devraient être tenus de déclarer les opérations suspectes », elle précise cependant *in fine* :

« Les avocats, les notaires, les autres professions juridiques indépendantes et les comptables agissant en qualité de juristes indépendants ne sont pas tenus de déclarer les opérations suspectes si les informations qu'ils détiennent ont été obtenues dans des circonstances relevant du secret professionnel ou d'un privilège professionnel légal ».

Le GAFI est donc plus protecteur que la directive européenne. Celle-ci, on l'a vu, soumettait les avocats à la déclaration de soupçon dans certains cas limités (art. 2 bis) tout en les exonérant pour le judiciaire mais aussi très clairement pour la consultation

juridique, sauf participation en toute connaissance de cause...

Le GAFI en revanche soumet dans certains cas délimités à une obligation de vigilance et précise que la déclaration de soupçon ne se conçoit que tant qu'elle est conforme aux règles du secret professionnel.

Malgré ces recommandations du GAFI, et malgré les protestations des avocats, la loi du 11 février 2004 a procédé, par son article 70, à la transposition de la directive communautaire de 2001.

Les articles 562-1 et suivants du Code monétaire et financier ont été modifiés, et un nouvel article L. 562-2-1 a été inséré, qui soumet donc désormais les avocats à la déclaration de soupçons à laquelle les établissements financiers étaient déjà assujettis.

Comme la directive, la loi donne une liste des activités juridiques concernées. Et toujours comme la directive, elle précise aussi que « les personnes (...) ne sont pas tenues de procéder à la déclaration prévue à l'article L. 562-2 lorsque les informations ont été reçues d'un de leurs clients ou obtenues sur l'un d'eux, soit dans le cadre d'une consultation juridique sauf si celle-ci est fournie aux fins de blanchiment de capitaux ou si ces personnes y procèdent en sachant que leur client souhaite obtenir des conseils juridiques aux fins de blanchiment de capitaux, soit dans l'exercice de leur activité dans l'intérêt de ce client lorsque cette activité se rattache à une procédure juridictionnelle, que ces informations soient reçues ou obtenues avant, pendant ou après cette procédure, y compris dans le cadre de conseils relatifs à la manière d'engager ou d'éviter une telle procédure ».

Pour être plus clair, pas de dénonciation lorsque l'avocat est simplement sollicité pour une consultation. De même lorsque l'avocat exerce au judiciaire.

En revanche, l'avocat devra déclarer ses soupçons lorsqu'il sait que sa consultation, même sans commencement d'exécution, a pour but d'aider au blanchiment, lorsqu'il y participe en toute connaissance de cause, c'est-à-dire lorsqu'il est complice. Il est désa-

gréable que la loi imagine ainsi une complicité infamante.

Enfin, à l'impossible nul n'étant tenu, l'avocat ne devra dénoncer de soupçons que s'il en a, c'est-à-dire lorsqu'il dispose de suffisamment d'éléments pour avoir conscience que l'opération qui lui est demandée s'inscrit dans une fin de blanchiment.

Quant à la méthode de déclaration, après de longues négociations avec les instances représentatives de la profession, le législateur a tenté de préserver le secret professionnel à minima : l'avocat ne dénonce pas directement son client, il transmet sa déclaration au Bâtonnier. C'est ce dernier qui décide ensuite de transmettre ou non la déclaration à TRACFIN. En fait, c'est la procédure préconisée par la directive de 2001 elle-même (art. 5).

Si le Bâtonnier décide de ne pas transmettre, il doit en informer le Président du Conseil National des Barreaux, qui rendra un rapport au garde des Sceaux sur les situations n'ayant pas donné lieu à communication des déclarations.

Evidemment, cette déclaration de soupçons a provoqué, et provoque encore, l'inquiétude des avocats.

Elle va en effet à l'encontre de principes essentiels : le secret professionnel, bien entendu, mais aussi l'indépendance de l'avocat et la présomption d'innocence.

Alors Bâtonnier de Paris, Paul-Albert Iweins rappelait que « les Canadiens, à qui leur gouvernement sous l'inspiration européenne avait essayé d'imposer une déclaration de soupçon, avaient formé un recours constitutionnel et l'ont gagné. Le recours (...) soulignait qu'obliger un avocat à faire une déclaration de soupçon, était le transformer en agent du gouvernement. Or, il ne peut pas y avoir de barreau composé d'agents du gouvernement, il ne peut pas y avoir de justice libre avec un barreau qui ne soit pas composé d'avocats libres de toute obligation à l'égard du gouvernement. La plus haute juridiction canadienne a validé ce raisonnement et le gouvernement canadien a été obligé de retirer son projet » (L'avocat conseil d'entreprises et le blanchiment, colloque de l'Association des Avocats Conseils

d'Entreprises, 19 sept. 2003, Gaz. pal. 2004, 23 et 24 janv.).

Devoir dénoncer, c'est s'inféoder, alors que le devoir de l'Avocat est, au contraire, de savoir se montrer irrespectueux. A l'égard des ordres, des juges, ou des « *bonnes mœurs* »... (Halimi G., L'avocate irrespectueuse, Plon 2002).

Dénoncer un soupçon, c'est aussi à l'évidence aller à l'encontre de la présomption d'innocence. Soupçonner, c'est douter de l'honnêteté d'un homme. Déclarer ce soupçon, c'est déjà le juger, sans preuve, c'est le présumer coupable.

Enfin, archaïsme surprenant, la Chancellerie s'est presque étonnée des inquiétudes des avocats puisque l'activité judiciaire est exclue du champ de déclaration. Elle rejoignait en cela la jurisprudence, maintenant bien connue, de la chambre criminelle de la Cour de cassation qui veut limiter le caractère absolu du secret professionnel à l'activité judiciaire, activité qui a historiquement justifié cette conception du secret, estimant que l'activité juridique croissante de l'Avocat ne devait pas en bénéficier.

C'est ainsi que le juge Jean-Pierre Zanato indique « *Le cœur de votre métier a changé ainsi que le cadre dans lequel il s'exerce. On est passé d'un avocat qui avait une activité traditionnelle devant des tribunaux, activité qu'il exerçait essentiellement seul, à un conseil à l'activité diversifiée qui ne se déroule pas toujours devant une juridiction et qui s'exerce souvent à travers des sociétés. Il faut tenir compte de cette évolution lorsqu'on parle du secret professionnel et quand on réfléchit au périmètre de celui-ci* » (L'avocat conseil d'entreprises et le blanchiment, colloque ACE, 19 sept. 2003, précité).

Or certes la profession a changé, mais elle n'a fait en réalité que bénéficier peu à peu de la plénitude de sa compétence naturelle : un avocat ne peut sérieusement distinguer juridique et judiciaire. Le lui demander reviendrait à le placer dans une attitude schizophrène.

L'avocat défenseur naturel ne s'est pas adjoint artificiellement une compétence juridique : c'est en réalité la

scission juridique/judiciaire qui n'était pas naturelle.

Or la loi du 11 février 2004 oppose conseil et contentieux, faisant croire que ces deux aspects forment non seulement deux formes d'activité mais presque deux métiers distincts. Il n'en est rien : je conseille et je défends ; c'est parce que je défends que je sais conseiller, et inversement. L'avocat passe de conseil à défense en un instant, dans le même dossier, avec le même client, le temps simplement « *d'enfiler sa robe* ».

III - La prévention comme solution

Une question pourtant fondamentale demeure sans réponse : pourquoi imposer aux avocats une telle déclaration de soupçon ?

Les obligations des établissements financiers devraient suffire. Sauf versements en espèces, les fonds proviennent de comptes bancaires et ont donc été parfaitement contrôlés. Les autorités d'enquête et de poursuite ne devraient pas avoir besoin de s'appuyer sur les doutes éventuels des avocats pour combattre une opération de blanchiment.

En outre, il est permis de renvoyer les gouvernements à leurs propres insuffisances. Une mission d'information de l'Assemblée nationale a rendu en 2002 un rapport sur la lutte contre le blanchiment (Rapp. AN 2002, n° 2311) dénonçant certaines régions et certains pays membres de l'Union européenne comme de véritables « *sanctuaires de l'argent sale* » et comme des « *obstacles à la lutte contre le blanchiment* ».

Interrogée durant l'élaboration de la loi du 11 février 2004, la Chancellerie suggérait qu'en réalité, la loi se voulait pour les avocats plus éducative que répressive : on affirme inciter les avocats à plus de prudence et dissuader aussi le blanchisseur de s'adresser à un avocat en annonçant que le cabinet de leur conseil ne sera pas pour eux un refuge.

Cette loi serait donc en réalité une loi de prévention. Pourtant, elle a précisément oublié de transposer les dispo-

sitions de la directive de 2001 qui étaient relatives à la prévention, ne s'intéressant qu'au renseignement financier et à la déclaration de soupçon.

La directive prévoyait pourtant d'appliquer aux avocats les règles de prévention interne auxquelles sont soumis les établissements financiers, ainsi celles relatives à l'identification nécessaire du client.

Cet oubli législatif doit cependant être relativisé : les règles déontologiques des avocats suffisent en réalité. Les obligations de probité, de compétence, le devoir de l'avocat de se déporter si son client lui demande de participer à une infraction, l'obligation enfin de passer par la CARPA pour tout manquement de fonds...

Les règles existent. Et surtout, elles sont appliquées.

Mais elles ne sont pas connues, visiblement, du législateur.

Le Conseil national des Barreaux élabore actuellement des « *normes professionnelles destinées à prévenir l'utilisation de la profession d'avocat aux fins de blanchiment des capitaux* » : en premier lieu, des contrôles mis en place par les avocats eux-mêmes, au sein de leur cabinet : identifier le client, identifier les donneurs d'ordres et les bénéficiai-

res économiques réels, détecter et traiter les opérations douteuses.

Or rien de surprenant dans ces normes : l'identification du client est ainsi depuis longtemps une obligation déontologique de l'avocat, appliquée efficacement dans nos cabinets.

La détection des opérations douteuses est sans doute plus difficile. Souvent, les blanchisseurs « *scindent* » l'opération, font effectuer par un ou plusieurs avocats des opérations simples et anodines prises individuellement, dont le caractère illicite n'apparaît que lorsqu'on peut les observer globalement.

Mais là encore, la profession d'avocat dispose d'un outil de grande efficacité : les CARPA. Tout manquement de fonds doit passer par ces caisses de règlements pécuniaires qui ont acquis au fil des ans une expérience considérable pour « *détecter et traiter* » les opérations litigieuses.

Il est ainsi proposé que l'Avocat incite son client à faire passer tout flux financier par les CARPA, même lorsque cela n'est pas légalement imposé ; le refus du client serait par principe suspect et devrait être analysé comme tel par l'avocat.

IV - Conclusion

La lutte contre le blanchiment est devenue une priorité pour les gouvernements, confrontés à une criminalité organisée chaque jour plus efficace. Mais les démocraties doivent veiller à ne pas se perdre dans cette lutte. La Justice ne sortira pas grandie d'atteintes à un secret professionnel qui est, rappelons le, d'intérêt public.

Et l'on ne gagnera pas à opposer les avocats aux autorités d'enquête et de poursuite. Ce sont des auxiliaires de justice, et des citoyens, attachés eux aussi à la recherche de la vérité, mais convaincus que cela est compatible avec leurs règles et usages.

De même, jamais une politique pénale n'a réussi en s'axant sur le seul volet répressif. La prévention doit rester un objectif constant, le premier sans doute.

C'est cette volonté de prévention qui conduit la réflexion actuelle des Avocats. Si nous n'avons pu éviter l'obligation de dénonciation, rendons la inutile. ■

William FEUGERE

*Avocat au Barreau de Paris
Président de la commission nationale
« Libertés, Droits de l'Homme et Droit
pénal » de l'Association des Avocats
Conseils d'Entreprises*

Actualisation de l'ouvrage

Notions Générales

• La responsabilité pénale des personnes morales

Extension du champ de la responsabilité pénale des personnes morales

Jusqu'à présent, les personnes morales ne pouvaient être reconnues pénalement responsables que lorsqu'une loi ou un règlement le prévoyait expressément. La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité a prévu la suppression de l'exigence d'un texte en consacrant le principe de généralité de l'incrimination des personnes morales. Ces dernières sont donc désormais susceptibles d'être déclarées responsables pour tous les types d'infractions, en particulier les infractions pénales du droit des sociétés telles que l'abus de biens sociaux, la distribution de dividendes fictifs ou encore la présentation de comptes inexacts qui ne concernaient jusque-là que les personnes physiques. Notons néanmoins que la mesure n'entrera en vigueur que le 31 décembre 2005 (L. n° 2004-204, 9 mars 2004, art. 54, JO 10 mars, p. 4567 ; cf. également Note ANSA, mars 2004, n° 04-001).

Lamy droit pénal des affaires, n° 90

Les délits de droit commun appliqués aux affaires

• Les infractions voisines de l'abus de confiance

Organisation frauduleuse de l'insolvabilité et recel des biens de la communauté

Le recel d'effets de la communauté présente un caractère délictuel et entre donc dans le champ d'application

de l'article 314-7 du Code pénal au titre des condamnations civiles.

Les faits de l'espèce rapportée étaient les suivants : à la suite de son divorce prononcé en 1988, un ex-époux avait dissimulé des sommes importantes à sa femme. Il était licencié en 1996 pour des causes inconnues, tandis que ses indemnités de licenciement étaient conservées sous des formes et dans des lieux qu'il refusait de révéler.

Après sa condamnation sur le fondement de l'article 1477 du Code civil pour recel des biens de la communauté, et en raison de son refus de payer les dommages et intérêts en résultant, son ex-femme a porté plainte contre lui pour organisation frauduleuse de son insolvabilité.

Les juges du fond ont retenu à l'encontre du débiteur récalcitrant l'ensemble des éléments constitutifs du délit de l'article 314-7 du Code pénal, précisant que « *le recel d'effets de la communauté prévu par l'article 1477 du Code civil présente un caractère délictuel* » tel que l'exige le texte précité.

Devant la Cour de cassation, le prévenu a notamment fait valoir qu'une condamnation pour organisation frauduleuse de l'insolvabilité aurait pour effet de le condamner deux fois pour les mêmes faits, contrairement au principe « *non bis in idem* ».

Cet argument est rejeté par la Haute Juridiction, aux motifs qu'« *aucune disposition conventionnelle ou légale ne fait obstacle à ce qu'une personne condamnée par une juridiction civile puisse être déclarée coupable par la juridiction répressive du chef d'organisation frauduleuse d'insolvabilité* » (Cass. crim., 24 mars 2004, n° 03-82.077).

Lamy droit pénal des affaires, n° 443

• Les délits de corruption et délits voisins

Trafic d'influence et favoritisme – Réparation du préjudice moral subi par l'Etat

La Direction de la construction navale (DCN) a signé, en 1992, une convention avec l'Union générale des achats publics (UGAP), afin de simplifier les commandes publiques pour les achats de fournitures courantes, les marchés UGAP étant appelés à remplacer les marchés DCN.

En 1996, un ancien mécanicien de la Marine nationale a porté à la connaissance des services de la gendarmerie marine de Toulon que le dirigeant de la société S. se serait livré à des actes de corruption afin d'obtenir des commandes publiques. L'information ouverte à la suite de ces révélations a fait apparaître qu'un certain nombre d'employés de la DCN favorisait certaines entreprises dans l'attribution de commandes ou de marchés publics, en échange de compensations financières.

A l'issue de l'information, des employés de la DCN et des fournisseurs de cet établissement public ont été renvoyés devant le tribunal correctionnel des chefs, suivant les cas, de trafic d'influence commis par un particulier ou par une personne exerçant une fonction publique, atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics, escroquerie, abus de biens sociaux, faux et usage et recel de certains de ces délits.

Pour condamner la plupart des prévenus à verser, à l'Etat, des dommages-intérêts, la cour d'appel a énoncé que l'atteinte aux intérêts matériels de l'Etat était constituée par la valeur des avantages indûment versés et acceptés et le surcoût financier résultant de l'intégration de cette valeur dans le prix des biens et services fournis par

les bénéficiaires des commandes publiques et par le paiement de fournitures et travaux non exécutés ou surfacturés. Elle a ajouté que le caractère systématique et généralisé du trafic d'influence et les infractions de favoritisme, escroqueries, faux et usage de faux qui lui sont associées, ont nécessairement faussé le jeu de la concurrence et la recherche du meilleur emploi des deniers publics.

La cour d'appel a également retenu que l'Etat était fondé à demander réparation de son préjudice moral, résultant des délits de trafic passif d'influence et favoritisme commis par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions, dès lors que ces agissements, détachables de la fonction à l'occasion de laquelle ils ont été commis, jettent le discrédit sur l'ensemble de la fonction publique, affaiblissent l'autorité de l'Etat dans l'opinion publique et lui causent un préjudice personnel direct.

Selon la Cour de cassation, en statuant ainsi, par des motifs relevant de son pouvoir souverain d'appréciation quant au montant des indemnités allouées et d'où il se déduit que le même dommage n'a pas été indemnisé deux fois, la cour d'appel, qui a caractérisé l'existence d'un préjudice moral distinct de l'atteinte à l'intérêt social, ainsi que la connexité des faits reprochés aux prévenus, a justifié sa décision.

En effet, d'une part, les juridictions pénales sont compétentes pour apprécier, à la suite de sa condamnation pénale, la responsabilité de l'agent d'un service public à raison des fautes personnelles détachables de la fonction, lorsque l'administration exerce, aux fins de réparation, les droits de la partie civile prévus par les articles 2 et 3 du Code de procédure pénale et, d'autre part, aucune disposition de la loi ne permet de réduire, en raison d'une négligence de la victime, le montant des réparations civiles dues à celle-ci par l'auteur d'une infraction intentionnelle contre les biens (Cass. crim., 10 mars 2004, n^{os} 02-85.285 et 99-83.509).

Lamy droit pénal des affaires, n° 632, n° 725

Les délits financiers et boursiers

• Délits de blanchiment de l'argent illicite

Banque – Obligation de vigilance en matière de chèque

Un arrêté du 15 mars 2004 est venu modifier l'annexe du règlement du Comité de la réglementation bancaire et financière n° 2002-01 du 18 avril 2004 relatif aux obligations de vigilance en matière de chèques aux fins de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.

L'annexe au règlement CRBF fixe la liste des « *Etats ou territoires dont la législation est reconnue insuffisante ou dont les pratiques sont considérées comme faisant obstacle à la lutte contre le blanchiment des capitaux par l'instance internationale de concertation et de coordination en matière de lutte contre le blanchiment d'argent* ».

L'arrêté du 15 mars 2004 retire de la liste l'Egypte et l'Ukraine. Continuent d'y figurer : lles Cook, Guatemala, Indonésie, Myanmar, Nauru, Nigéria et Philippines (Arr. 15 mars 2004, JO 24 mars, p. 5624).

Lamy droit pénal des affaires, n° 1010

• Délits et manquements boursiers

Manquement à la bonne information financière

Au cours des années 2000 et 2001, le président du conseil d'administration de la société K. a communiqué à des publications financières et à la COB des informations relatives à cette société. La Commission lui a, par la suite, infligé une amende, au motif que le président était l'auteur de manquements aux obligations énoncées par les articles 2, 3 et 4 du règlement n° 98-07 de la Commission pour avoir pris l'initiative de diffuser au public une

information ne répondant pas aux exigences d'exactitude et de sincérité résultant des articles 2 et 3 du règlement susvisé, pour s'être abstenu de porter à la connaissance du public, le plus tôt possible, des faits importants susceptibles, s'ils avaient été connus, d'avoir une incidence significative sur le cours du titre, et pour ne pas avoir suffisamment informé le public dans la note d'information visée par la Commission sur le rachat d'un bloc de titres par la société K.

Après un arrêt confirmatif de la cour d'appel, le président du conseil d'administration s'est pourvu en cassation, demandant l'annulation de la décision de sanction prise à son encounter.

La Cour de cassation rejette cependant le pourvoi, relevant que le règlement susvisé de la COB relatif à l'obligation d'information du public, énonce dans son article premier qu'il s'applique à « *l'émetteur* », à la personne « *physique* » ou « *morale* » et aux « *dirigeants de l'émetteur ou de la personne morale concernée* ».

Par ailleurs, la Haute Juridiction estime que l'arrêt a justement énoncé que le prononcé de sanctions pécuniaires à l'égard du dirigeant d'une personne morale n'est pas subordonné à la démonstration d'une faute séparable de ses fonctions, dès lors que la Commission n'est pas saisie d'une action en responsabilité civile mais décide du bien fondé d'une accusation en matière pénale au sens des dispositions de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Elle en déduit que ce dirigeant peut directement être sanctionné en tant qu'auteur des agissements incriminés lorsque, comme en l'espèce, les règlements en cause le prévoient expressément.

Le président ayant été, à partir de la notification des griefs qui faisaient clairement apparaître que la personne mise en cause par le rapporteur était le président du conseil d'administration et non la société elle-même, en mesure de faire connaître utilement son point de vue sur le grief de diffu-

sion d'informations trompeuses, c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu la responsabilité personnelle du président pour des manquements, incriminés dans l'article L. 621-14 du Code monétaire et financier, commis par lui dans l'exercice de ses fonctions (Cass. com., 31 mars 2004, n° 03-14.991).

Lamy droit pénal des affaires,
n° 1214, n° 1229

Les délits du droit des sociétés

• Les infractions au droit des sociétés

Poursuite du mouvement de dépenalisation

Initiée par la loi NRE n° 2001-420 du 15 mai 2001, la dépenalisation du droit des sociétés s'était poursuivie avec l'adoption des lois du 1^{er} août 2003 (loi initiative économique n° 2003-721 et loi de sécurité financière n° 2003-706).

L'ordonnance du 25 mars 2004, prise en application de la loi d'habilitation n° 2003-591 du 2 juillet 2003, poursuit le mouvement et modifie un certain nombre d'articles du Code de commerce en vue de substituer aux incriminations pénales les sanctions civiles.

Les dispositions touchées sont les suivantes :

- les défauts de tenue des procès-verbaux des organes d'administration et de direction (C. com., art. L. 242-7) ;
- le défaut de communication des documents destinés aux actionnaires en vue de la tenue de leurs assemblées (C. com., art. L. 242-12 et L. 242-13) ;
- l'absence de tenue des procès-verbaux lors de la réunion de ces assemblées (C. com., art. L. 242-15) ;
- le défaut d'établissement par le président de l'assemblée des obligataires des procès-verbaux constata-

tant les décisions prises lors de la réunion de l'assemblée (C. com., art. L. 245-13) ;

- des infractions devenues obsolètes en raison de l'évolution de la législation applicable en matière d'émission d'obligations (C. com., art. L. 241-2 et L. 245-9, 2°).

Concernant l'absence d'établissement des procès-verbaux des délibérations des organes d'administration et de direction, l'ordonnance abroge l'incrimination pénale prévue à l'article L. 242-7 du Code de commerce et prévoit dans le Livre II une nullité et une injonction de faire en substitution de cette sanction. Les conditions de déclenchement de la nullité sont toutefois limitées dans le temps, à savoir qu'elle ne pourra pas être soulevée au-delà de l'approbation du procès-verbal de la 2^e réunion de l'organe de direction ou d'administration, après la commission de l'irrégularité.

S'agissant du défaut de tenue des procès-verbaux des assemblées (C. com., art. L. 242-15 et L. 245-13), les incriminations sont modifiées pour les réserver au seul cas d'inexistence des procès-verbaux ou des mentions obligatoires. En revanche, l'absence de transcription de ces procès-verbaux dans le registre spécial ne donne plus lieu à sanction pénale mais à une procédure d'injonction de faire. Ces modifications allègent la responsabilité pénale du dirigeant tout en évitant de recourir à des nullités pouvant remettre en cause des décisions essentielles pour la vie sociale. Elles tiennent compte également de l'entrée en vigueur de la loi de sécurité financière qui a déjà dépenalisé partiellement l'article L. 242-15 précité.

Concernant le défaut de communication des documents, il se trouve sanctionné dorénavant par une injonction de faire. Cette procédure se substitue donc aux incriminations pénales prévues aux articles L. 242-12 et L. 242-13 du Code de commerce.

L'ordonnance tire par ailleurs les conséquences de la nouvelle possibilité

pour les sociétés à responsabilité limitée d'émettre des obligations. La sanction d'une telle émission est abrogée.

Elle abroge également la sanction qui est attachée à l'émission d'obligations dont la valeur des titres est située en deçà d'un minimum légal qui a été supprimé dans le Code de commerce.

Lamy droit pénal des affaires,
n° 1342

• Les infractions relatives à la constitution ou à la modification des sociétés de capitaux

Dépenalisation du droit des sociétés

Nous prions le lecteur de bien vouloir se reporter au n° 1342.

Lamy droit pénal des affaires,
n° 1347, n° 1432, n° 1433, n° 1435,
n° 1443, n° 1444

• L'abus de biens et de pouvoirs sociaux

Usage Abusif – Acte d'abstention

La Cour de cassation précise dans un arrêt du 28 janvier 2004 que l'usage des biens ou du crédit de la société contraire à l'intérêt de celle-ci peut résulter non seulement d'une action, mais aussi d'une abstention volontaire.

Ainsi, a légalement justifié sa décision la cour d'appel qui, pour déclarer les prévenus coupables d'abus de biens sociaux par défaut de réintégration d'une somme de 50 000 F indûment débitée du compte bancaire d'une société et après avoir rappelé que le secrétaire comptable avait sciemment corroboré l'erreur de la banque en portant à 85 000 F le montant de l'acompte qu'elle avait antérieurement passé en comptabilité pour un montant de 35 000 F, relève que les associés de la SCI bénéficiaire du chèque devaient s'apercevoir de ce versement indu

au plus tard le premier jour du trimestre suivant son existence et procéder immédiatement à la déduction correspondante de la facturation à venir ou à un remboursement de l'indu (Cass. crim., 28 janv. 2004, n° 02-88.094).

Lamy droit pénal des affaires,
n° 1489

Constitution de partie civile des salariés

Une cour d'appel a alloué des dommages-intérêts à des salariés ainsi qu'à une section syndicale d'une société en réparation du préjudice causé par les abus de biens sociaux du dirigeant. Pour ce faire, les juges du fond ont énoncé que les primes attribuées aux salariés au titre de la réserve spéciale de participation évoluant de manière linéaire et croissante avec le bénéfice net de l'entreprise, les abus de biens sociaux ont eu directement pour effet d'en diminuer le montant.

Au visa de l'article 2 du Code de procédure pénale, aux termes duquel le droit d'exercer l'action civile devant la juridiction pénale n'appartient qu'à ceux qui ont subi un préjudice directement causé par l'infraction, la chambre criminelle casse la décision d'appel considérant que la diminution du montant des primes perçues par les salariés n'est qu'une conséquence indirecte des abus de biens sociaux (Cass. crim., 28 janv. 2004, n° 03-81.345).

Lamy droit pénal des affaires,
n° 1543

Les infractions relatives au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises – La banqueroute

• Le délit de banqueroute

Condamnation d'interdiction de gérer en matière de banqueroute

La peine complémentaire d'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole et toute personne morale, peut être prononcée sans limitation de durée.

En omettant volontairement de représenter sa comptabilité aux organes de procédure collective, un dirigeant a été reconnu coupable du délit de banqueroute et condamné à 8 mois d'emprisonnement avec sursis et à l'interdiction définitive de gérer toute entreprise commerciale et toute personne morale.

La Cour de cassation approuve la décision des juges du fond quant au prononcé de la peine complémentaire d'interdiction de gérer sans limitation de durée en estimant que la cour d'appel n'a fait qu'user de la faculté qui lui est reconnue par l'article L. 626-6 du Code de commerce.

Selon ce dernier « *La juridiction répressive qui reconnaît l'une des personnes mentionnées à l'article L. 626-1 coupable de banqueroute peut, en outre, prononcer soit la faillite personnelle de celle-ci, soit l'interdiction prévue à l'article L. 625-8.*

Lorsqu'une juridiction répressive et une juridiction civile ou commerciale ont, par des décisions définitives, prononcé à l'égard d'une personne la faillite personnelle ou l'interdiction prévue à l'article L. 625-8 à l'occasion des mêmes faits, la mesure ordonnée par la juridiction répressive est seule

exécutée » (Cass. crim., 25 févr. 2004, n° 03-84.357).

Remarques . — *On relèvera également que, dans un arrêt du 19 novembre 2003, la chambre criminelle de la Cour de cassation a rappelé que l'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou sociale est soit définitive, soit temporaire et que dans ce dernier cas elle ne peut excéder une durée de cinq ans. Ainsi, au visa de l'article 131-27 du Code pénal, la Haute Juridiction a censuré l'arrêt de cour d'appel qui, après avoir déclaré un dirigeant de fait coupable de banqueroute, l'avait condamné à dix ans de faillite personnelle en application des articles L. 625-8 et L. 626-6 du Code de commerce (Cass. crim., 19 nov. 2003, n° 03-83.571). En outre, on rappellera qu'aux termes d'un arrêt rendu le 8 janvier 2003, la Cour de cassation, opérant ainsi un revirement de jurisprudence, avait jugé que l'article 131-27 précité qui limite la peine complémentaire d'interdiction d'exercer une activité professionnelle à cinq années s'appliquait à l'interdiction de l'article L. 625-8 du Code de commerce (Cass. crim., 8 janv. 2003, n° 02-82.555).*

Lamy droit pénal des affaires,
n° 1877

Les infractions économiques de la distribution

• Les fraudes : la tromperie et la falsification

Tromperie sur la nature, l'espèce et l'origine de la marchandise

A justifié sa décision, la cour d'appel qui a déclaré coupable de tromperie le dirigeant d'une société qui a mis sur le marché des semences d'oignon désignées dans le catalogue commercial de la société sous le nom de variété « *cévenol* » alors qu'aucune variété n'était inscrite sous ce nom sur le catalogue officiel des plantes cultivées

prévu par l'article 2 du décret du 18 mai 1981.

La société multipliant ses semences dans plusieurs régions, il a trompé ou tenté de tromper le contractant sur la nature, l'espèce et l'origine du produit vendu. Professionnel parfaitement informé de la réglementation, le dirigeant a persévéré dans ses agissements malgré l'échec des démarches qu'il avait entreprises pour régulariser sa situation.

Pour allouer des dommages-intérêts à une société coopérative agricole, l'arrêt, après avoir constaté que l'activité de celle-ci, selon ses statuts, consiste dans la collecte, le conditionnement, la vente et la promotion de cette plante potagère et de ses dérivés, relève que l'usage de l'indication de variété « cévenol » a entraîné une confusion entre les semences commercialisées et les plantes qui en sont issues. Mais, en se déterminant ainsi, sans caractériser de lien direct entre le délit de tromperie sanctionné et le dommage allégué, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision (Cass. crim., 24 févr. 2004, n° 03-82.759).

Lamy droit pénal des affaires,
n° 1993, n° 1994

Les délits douaniers

• Les pouvoirs des agents des douanes

Livraison surveillée – Infiltration

La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité modifie entièrement l'article 67 bis du Code des douanes, élargissant le champ d'application de la livraison surveillée passive et substituant la procédure d'infiltration à celle de livraison surveillée dite active.

Selon l'article précité nouvellement rédigé :

I. - Sans préjudice de l'application des dispositions des articles 60, 61, 62, 63, 63 bis, 63 ter et 64, afin de constater les délits douaniers, si la peine

encourue est égale ou supérieure à deux ans d'emprisonnement, les agents des douanes habilités par le ministre chargé des Douanes dans des conditions fixées par décret procèdent sur l'ensemble du territoire national, après en avoir informé le procureur de la République et sauf opposition de ce magistrat, à la surveillance de personnes contre lesquelles il existe une ou plusieurs raisons plausibles de les soupçonner d'être les auteurs d'un délit douanier ou d'y avoir participé comme complices ou intéressés à la fraude au sens de l'article 399.

Les mêmes dispositions sont applicables pour la surveillance de l'acheminement ou du transport des objets, biens ou produits tirés de la commission de ces infractions ou servant à les commettre.

L'information préalable prévue par le premier alinéa doit être donnée, par tout moyen, selon le cas, au procureur de la République près le tribunal de grande instance dans le ressort duquel les opérations de surveillance sont susceptibles de débuter ou au procureur de la République saisi en application des dispositions de l'article 706-76 du Code de procédure pénale.

II. - Lorsque les investigations le justifient et afin de constater les infractions douanières d'importation, d'exportation ou de détention de substances ou plantes classées comme stupéfiants, de contrebande de tabac manufacturé, d'alcool et spiritueux, et de contrefaçon de marque, ainsi que celles prévues à l'article 415 du présent Code et aux articles L. 716-9 à L. 716-11 du Code de la propriété intellectuelle, d'identifier les auteurs et complices de ces infractions ainsi que ceux qui y ont participé comme intéressés au sens de l'article 399 du présent Code et d'effectuer les saisies prévues par le présent code, le procureur de la République peut autoriser qu'il soit procédé, sous son contrôle, à une opération d'infiltration dans les conditions prévues par le présent article.

L'infiltration consiste, pour un agent des douanes spécialement habilité dans des conditions fixées par décret, agissant sous la responsabilité d'un agent de catégorie A chargé de coordonner l'opération, à surveiller des personnes suspectées de commettre un délit douanier en se faisant passer, auprès de ces personnes, comme un de leurs coauteurs, complices ou intéressés à la fraude. L'agent des douanes est à cette fin autorisé à faire usage d'une identité d'emprunt et à commettre si nécessaire les actes mentionnés ci-après. A peine de nullité, ces actes ne peuvent constituer une incitation à commettre des infractions.

L'infiltration fait l'objet d'un rapport rédigé par l'agent de catégorie A ayant coordonné l'opération qui comprend les éléments strictement nécessaires à la constatation des infractions et ne mettant pas en danger la sécurité de l'agent infiltré et des personnes requises au sens du III.

III. - Les agents des douanes autorisés à procéder à une opération d'infiltration peuvent, sans être pénalement responsables de ces actes et sur l'ensemble du territoire national :

a) acquérir, détenir, transporter, livrer ou délivrer des substances, biens, produits, documents ou informations tirés de la commission des infractions ;

b) utiliser ou mettre à disposition des personnes se livrant à ces infractions des moyens de caractère juridique ainsi que des moyens de transport, de dépôt, d'hébergement, de conservation et de télécommunication.

L'exonération de responsabilité prévue au premier alinéa est également applicable, pour les actes commis à seule fin de procéder à l'opération d'infiltration, aux personnes requises par les agents des douanes pour permettre la réalisation de cette opération.

IV. - A peine de nullité, l'autorisation donnée en application du II est délivrée par écrit et doit être spécialement motivée.

Elle mentionne la ou les infractions qui justifient le recours à cette procédure et l'identité de l'agent des douanes sous la responsabilité duquel se déroule l'opération.

Cette autorisation fixe la durée de l'opération d'infiltration, qui ne peut excéder quatre mois. L'opération peut être renouvelée dans les mêmes conditions de forme et de durée. Le magistrat qui a autorisé l'opération peut, à tout moment, ordonner son interruption avant l'expiration de la durée fixée.

L'autorisation est versée au dossier de la procédure après achèvement de l'opération d'infiltration.

V. - L'identité réelle des agents des douanes ayant effectué l'infiltration sous une identité d'emprunt ne doit apparaître à aucun stade de la procédure.

La révélation de l'identité de ces agents est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende.

Lorsque cette révélation a causé des violences, coups et blessures à l'encontre de ces personnes ou de leurs conjoints, enfants et ascendants directs, les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 € d'amende.

Lorsque cette révélation a causé la mort de ces personnes ou de leurs conjoints, enfants et ascendants directs, les peines sont portées à dix ans d'emprisonnement et à 150 000 € d'amende, sans préjudice, le cas échéant, de l'application des dispositions du chapitre 1^{er} du titre II du livre II du Code pénal.

VI. - En cas de décision d'interruption de l'opération ou à l'issue du délai fixé par la décision autorisant l'opération et en l'absence de prolongation, l'agent infiltré peut poursuivre les activités mentionnées au III, sans en être pénalement responsable, afin de lui permettre de cesser sa surveillance dans des conditions assurant sa sécurité sans que cette durée puisse excéder quatre mois. Le magistrat ayant délivré l'autorisation prévue au II en est informé dans les meilleurs délais. Si, à l'issue du délai de quatre mois,

l'agent infiltré ne peut cesser sa surveillance dans des conditions assurant sa sécurité, ce magistrat en autorise la prolongation pour une durée de quatre mois au plus.

VII. - L'agent des douanes sous la responsabilité duquel se déroule l'opération d'infiltration peut seul être entendu en qualité de témoin sur l'opération.

Toutefois, s'il ressort du rapport mentionné au II que la personne mise en examen ou comparaisant devant la juridiction de jugement est directement mise en cause par des constatations effectuées par un agent ayant personnellement réalisé les opérations d'infiltration, cette personne peut demander à être confrontée avec cet agent dans les conditions prévues par l'article 706-61 du Code de procédure pénale.

Les questions posées à l'agent infiltré à l'occasion de cette confrontation ne doivent pas avoir pour objet ni pour effet de révéler, directement ou indirectement, sa véritable identité.

VIII. - Lorsque la surveillance prévue au I doit être poursuivie dans un Etat étranger, elle est autorisée par le procureur de la République. Les procès-verbaux d'exécution de l'observation ou rapports y afférents ainsi que l'autorisation d'en poursuivre l'exécution sur le territoire d'un Etat étranger sont versés au dossier de la procédure.

Avec l'accord préalable du ministre de la Justice saisi d'une demande d'entraide judiciaire à cette fin, les agents des douanes étrangers peuvent poursuivre sur le territoire de la République, sous la direction d'agents des douanes français, des opérations d'infiltration conformément aux dispositions du présent article. L'accord du ministre de la Justice peut être assorti de conditions. L'opération doit ensuite être autorisée par le procureur de la République près le Tribunal de grande instance de Paris, dans les conditions prévues au II.

Le ministre de la Justice ne peut donner son accord que si les agents étrangers sont affectés dans leur pays à un

service spécialisé et exercent des missions similaires à celles des agents nationaux spécialement habilités mentionnés au II.

Avec l'accord des autorités judiciaires étrangères, les agents des douanes étrangers mentionnés au deuxième alinéa du présent VIII peuvent également, conformément aux dispositions du présent article, participer sous la direction d'agents des douanes français à des opérations d'infiltration conduites sur le territoire de la République dans le cadre d'une procédure douanière nationale.

IX. - Aucune condamnation ne peut être prononcée sur le seul fondement de déclarations faites par des agents des douanes ayant procédé à une infiltration.

Les dispositions du présent IX ne sont cependant pas applicables lorsque les agents des douanes déposent sous leur véritable identité ».

Ces mesures entreront en vigueur au 1^{er} octobre 2004 (L. n° 2004-204, 9 mars 2004, art. 33, JO 10 mars, p. 4567).

Lamy droit pénal des affaires,
n° 2554

Pouvoirs de police judiciaire des agents de douanes

La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité a modifié l'article 28-1 du Code de procédure pénale qui définit les conditions et les limites de l'exercice des pouvoirs de police judiciaire conférés à certains agents des douanes dans le but d'améliorer la recherche, la constatation et la poursuite des infractions douanières.

La liste des infractions pour lesquelles les agents des douanes sont compétents est élargie, l'alinéa 2 du I de l'article 28-1 précité disposant désormais :

« Ils sont compétents pour rechercher et constater :

1° les infractions prévues par le Code des douanes ;

2° les infractions en matière de contributions indirectes, d'escroquerie sur la taxe sur la valeur ajoutée et de vols de biens culturels ;

3° les infractions relatives à la protection des intérêts financiers de l'Union européenne ;

4° les infractions prévues par le décret du 18 avril 1939 fixant le régime des matériels de guerre, armes et munitions ;

5° les infractions prévues par les articles 324-1 à 324-9 du Code pénal ;

6° les infractions prévues aux articles L. 716-9 à L. 716-11 du Code de la propriété intellectuelle ;

7° les infractions connexes aux infractions visées aux 1° à 6° ».

Corrélativement, la mention de la non compétence des agents des douanes en matière « de trafic d'armes, de vols de biens culturels et de blanchiment du produit de ces trois catégories d'infractions » est supprimée.

La possibilité de constituer des unités temporaires composées d'officiers de police judiciaire et d'agents des douanes habilités à effectuer des enquêtes judiciaires en vue de la recherche et de la constatation des infractions prévues par le décret-loi du 18 avril 1939 fixant le régime des matériels de guerre, armes et munitions est retirée (C. pr. pén., art. 28-1, II).

Est également supprimé le III de l'article 28-1 du Code de procédure pénale prévoyant que les agents de l'administration des douanes ne sont pas compétents pour effectuer des enquêtes judiciaires lorsque les faits ont été constatés en application des dispositions du Code des douanes mais que, toutefois, ils peuvent dans ce cas exécuter des commissions rogatoires du juge d'instruction.

Notons que ces dispositions n'entreront en vigueur qu'au 1^{er} octobre 2004

(L. n° 2004-204, 9 mars 2004, art. 33, JO 10 mars, p. 4567).

Lamy droit pénal des affaires, n° 2557, n° 2560, n° 2561, n° 2564

Procédure de droit commun

• Recherche, constatation et poursuite des infractions

Juridictions spécialisées en matière économique et financière

La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité a modifié et complété les dispositions concernant les formations spécialisées en matière économique et financière.

Ainsi, l'article 704 du Code de procédure pénale qui prévoit l'existence de ces juridictions pour la poursuite, l'instruction et le jugement d'affaires d'une grande complexité inclut désormais la phase de l'enquête.

En outre, la liste des infractions relevant de la compétence des juridictions spécialisées visées à l'article 704 précité a été élargie. Sont désormais visés, les atteintes au système de traitement automatisé des données (C. pén., art. 323-1 à 323-4), les infractions concernant la fausse monnaie (C. pén., art. 442-1 à 442-8) et le fait de ne pas pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie, tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes se livrant aux activités visées à l'article 450-1 (association de malfaiteurs ; C. pén., art. 450-2-1). Les deux derniers alinéas du texte sont remplacés par trois alinéas dont le premier marque la création de juridictions inter-régionales :

« La compétence territoriale d'un tribunal de grande instance peut également être étendue au ressort de plusieurs cours d'appel pour l'enquête, la poursuite, l'instruction et, s'il s'agit de délits, le jugement de ces infractions,

dans les affaires qui sont ou apparaîtraient d'une très grande complexité, en raison notamment du grand nombre d'auteurs, de complices ou de victimes où du ressort géographique sur lequel elles s'étendent.

La compétence des juridictions mentionnées au premier alinéa et à l'alinéa qui précède s'étend aux infractions connexes.

Un décret fixe la liste et le ressort de ces juridictions, qui comprennent une section du parquet et des formations d'instruction et de jugement spécialisées pour connaître de ces infractions ».

Par ailleurs, après l'article 705 du Code de procédure pénale, sont insérés deux articles 705-1 et 705-2 précisant les conditions du dessaisissement du juge d'instruction au profit de juridictions spécialisées :

« **Art. 705-1.** - Le procureur de la République près un tribunal de grande instance autre que ceux visés à l'article 704 peut, pour les infractions énumérées dans cet article, requérir le juge d'instruction de se dessaisir au profit de la ou de l'une des juridictions d'instruction compétentes en application de cet article. Les parties sont préalablement avisées et invitées à faire connaître leurs observations par le juge d'instruction ; l'ordonnance est rendue huit jours au plus tôt et un mois au plus tard à compter de cet avis.

Lorsque le juge d'instruction décide de se dessaisir, son ordonnance ne prend effet qu'à compter du délai de cinq jours prévu par l'article 705-2 ; lorsqu'un recours est exercé en application de cet article, le juge d'instruction demeure saisi jusqu'à ce que soit porté à sa connaissance l'arrêt de la chambre de l'instruction, passé en force de chose jugée ou celui de la chambre criminelle de la Cour de cassation.

Dès que l'ordonnance est passée en force de chose jugée, le procureur de la République adresse le dossier de la procédure au procureur de la République du tribunal de grande instance désormais compétent.

Les dispositions du présent article sont applicables devant la chambre de l'instruction ».

« **Art. 705-2.** - L'ordonnance rendue en application de l'article 705-1 peut, à l'exclusion de toute autre voie de recours, être déférée dans les cinq jours de sa notification, à la requête du ministère public ou des parties, soit à la chambre de l'instruction si la juridiction spécialisée au profit de laquelle le dessaisissement a été ordonné ou refusé se trouve dans le ressort de la même cour d'appel que la juridiction initialement saisie, soit, dans le cas contraire, à la chambre criminelle de la Cour de cassation. La chambre de l'instruction ou la chambre criminelle désigne, dans les huit jours suivant la date de réception du dossier, le juge d'instruction chargé de poursuivre l'information. Le ministère public peut également saisir directement la chambre de l'instruction ou la chambre criminelle de la Cour de cassation lorsque le juge d'instruction n'a pas rendu son ordonnance dans le délai d'un mois prévu au premier alinéa de l'article 705-1.

L'arrêt de la chambre de l'instruction ou de la chambre criminelle est porté à la connaissance du juge d'instruction ainsi qu'au ministère public et notifié aux parties.

Les dispositions du présent article sont applicables à l'arrêt de la chambre de l'instruction rendu sur le fondement du dernier alinéa de l'article 705-1, le recours étant alors porté devant la chambre criminelle ».

Enfin, les deux premiers alinéas de l'article 706 du Code de procédure pénale sont remplacés par dix alinéas qui ont vocation à clarifier et à renforcer le

statut des assistants spécialisés secondant les magistrats :

« Peuvent exercer des fonctions d'assistant spécialisé auprès d'un tribunal de grande instance mentionné à l'article 704 les fonctionnaires de catégorie A ou B ainsi que les personnes titulaires, dans des matières définies par décret, d'un diplôme national sanctionnant une formation d'une durée au moins égale à quatre années d'études supérieures après le baccalauréat qui remplissent les conditions d'accès à la fonction publique et justifient d'une expérience professionnelle minimale de quatre années.

Les assistants spécialisés suivent une formation obligatoire préalable à leur entrée en fonction.

Les assistants spécialisés participent aux procédures sous la responsabilité des magistrats, sans pouvoir toutefois recevoir délégation de signature, sauf pour les réquisitions prévues par les articles 60-1, 60-2, 77-1-1, 77-1-2, 99-3 et 99-4.

Ils accomplissent toutes les tâches qui leur sont confiées par les magistrats et peuvent notamment :

1° assister les juges d'instruction dans tous les actes d'information ;

2° assister les magistrats du ministère public dans l'exercice de l'action publique ;

3° assister les officiers de police judiciaire agissant sur délégation des magistrats ;

4° remettre aux magistrats des documents de synthèse ou d'analyse qui peuvent être versés au dossier de la procédure ;

5° mettre en oeuvre le droit de communication reconnu aux magistrats en application de l'article 132-22 du Code pénal.

Le procureur général peut leur demander d'assister le ministère public devant la juridiction d'appel ».

L'article 706-1 du Code de procédure pénale est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« Le procureur de la République près un tribunal de grande instance autre que celui de Paris peut, pour les infractions mentionnées à l'alinéa précédent, requérir le juge d'instruction de se dessaisir au profit de la juridiction d'instruction du tribunal de grande instance de Paris, dans les conditions et selon les modalités prévues par les articles 705-1 et 705-2 ».

Après l'article 706-1 du Code de procédure pénale, il est inséré un article 706-1-1 ainsi rédigé :

« Le procureur général près la cour d'appel, dans le ressort de laquelle se trouve une juridiction compétente en application de l'article 704, anime et coordonne, en concertation avec les autres procureurs généraux du ressort interrégional, la conduite de la politique d'action publique pour l'application de cet article ».

Enfin, l'article 24 de la loi du 9 mars 2004 a créé au sein du livre VI du Code de l'organisation judiciaire un titre V intitulé « *Les juridictions spécialisées prévues par les articles 704, 706-2 et 706-75 du Code de procédure pénale* ». On notera que les mesures ci-dessus exposées entreront en vigueur au 1^{er} octobre 2004 (L. n° 2004-204, 9 mars 2004, art. 21, 22 et 24, JO 10 mars, p. 4567).

Lamy droit pénal des affaires,
n° 3550, n° 3551

Pratique

Règlement général de l'Autorité des marchés financiers (AMF)

Le titre I^{er} du règlement général de l'Autorité des marchés financiers (AMF) (organisme né de la loi de sécurité financière n° 2003-706 du 1^{er} août 2003, JO 2 août, p. 13220, résultat de la fusion de la Commission des opérations de bourse et du Conseil des marchés financiers) a été homologué par arrêté ministériel du 23 février 2004. C'est l'occasion pour nous de préciser les grandes lignes de ce texte entièrement dédié à la déontologie et à la rémunération des membres de l'AMF et des experts.

Le but premier visé est la prévention des conflits d'intérêts pouvant toucher dans l'exercice de leur activité les membres du collège de l'AMF ainsi que les experts nommés dans les commissions consultatives. A ce titre, le règlement général de l'AMF apporte donc des précisions aux dispositions du nouvel article L. 621-4, I du Code monétaire et financier. Introduit par la loi de sécurité financière précitée, cet article prévoit en effet deux cas de conflit d'intérêts. Ainsi, aucun membre de l'Autorité des marchés financiers ne peut délibérer dans une affaire dans laquelle :

- lui-même ou, le cas échéant, une personne morale au sein de laquelle il a, au cours des deux années précédant la délibération, exercé des fonctions ou détenu un mandat, a ou a eu un intérêt au cours de la même période ;
- lui-même ou, le cas échéant, une personne morale au sein de laquelle il a, au cours des deux années précédant la délibération, exercé des fonctions ou détenu un mandat, a représenté une des parties intéressées au cours de la même période.

Le titre I^{er} du règlement général de l'AMF vient alors préciser les modalités d'application de ces dispositions. Pour prévenir tout conflit, les membres de l'AMF doivent, lors de leur entrée en fonctions, informer le président :

- des fonctions dans une activité économique ou financière qu'ils ont exercées au cours des deux années précédentes et de celles qu'ils exercent ;
- des mandats au sein d'une personne morale dont ils ont été titulaires au cours des deux années précédentes et de ceux dont ils sont titulaires.

Ils doivent, de plus, communiquer au président la liste des intérêts qu'ils ont détenus au cours des deux années précédentes et qu'ils détiennent, et, notamment, la liste des instruments financiers émis par des personnes faisant appel public à l'épargne (Règl. gén. AMF, art. 1.1.1).

Par ailleurs, une information permanente est assurée puisque, lorsqu'un membre de l'AMF vient à exercer une nouvelle fonction dans une activité économique ou financière ou un nouveau mandat au sein d'une personne morale, il doit en informer sans délai le président. De même, avant le 15 février de chaque année, les membres sont tenus de transmettre au président la liste des intérêts détenus telle qu'arrêtée au 31 décembre de l'année précédente (Règl. gén. AMF, art. 1.1.2).

Notons que des dispositions similaires sont prévues en ce qui concerne les experts nommés dans les commissions consultatives de l'AMF (Règl. gén. AMF, art. 1.2.1).

Autre norme déontologique applicable aux membres de l'Autorité, ceux détenant des instruments financiers émis par voie d'appel public à l'épar-

gne doivent en confier par mandat la gestion à un prestataire de services d'investissement.

Le principe souffre toutefois quelques exceptions qui sont alors limitativement énumérées :

- ils peuvent conserver la gestion directe des parts ou actions d'OPCVM ainsi que des titres de créance émis ou garantis par l'Etat ;
- ils peuvent également décider, lors de leur entrée en fonctions, de conserver en l'état leur portefeuille. Dans ce cas, ils ne peuvent acquérir de nouveaux instruments financiers que dans le cadre d'une opération financière propre à un émetteur dont ils détiennent déjà des instruments financiers, et en faisant usage des droits attachés à ceux-ci. Ils doivent alors informer sans délai le président des nouveaux instruments financiers détenus ;
- ils peuvent assurer la gestion des actions, des options de souscription ou d'achats d'actions ou de parts de FCPE détenues à raison de fonctions ou mandats exercés dans une société faisant appel public à l'épargne ;
- enfin, si un membre détient, avant sa nomination, une participation en concert avec d'autres investisseurs dans une société faisant appel public à l'épargne, il peut conserver ses instruments financiers pendant la durée de ses fonctions (Règl. gén. AMF, art. 1.1.6).

Pour l'applicabilité de ces dernières dispositions, il est conféré au président de l'Autorité la faculté de procéder à tout contrôle qu'il juge utile. A cette fin, les membres doivent lever à son profit le secret bancaire sur chacun des comptes d'instruments financiers dont ils sont titulaires (Règl. gén. AMF, art. 1.1.7).

Pour terminer, le chapitre « *Indemnités et rémunérations* » du règlement géné-

ral de l'AMF prévoit la nomination au sein du collège d'un comité des indemnités et rémunérations. Il sera composé de trois membres et sera chargé de proposer au collège :

- le montant des indemnités appelées à être perçues par les membres de l'Autorité ;
- un avis sur le montant de la rémunération envisagée par le président pour le secrétaire général (Règl. gén. AMF, art. 1.3.1 ; Règl. gén. AMF, titre I^{er}, homologué par Arr. min. 23 févr. 2004, JO 10 mars, p. 4712).

Europe – Lutte contre la criminalité organisée dans le domaine financier

La Commission européenne a adopté une communication visant à renforcer la lutte contre la criminalité financière organisée dans l'ensemble de l'Union européenne. Cette communication, qui contient un récapitulatif des mesures déjà prises, dresse une liste d'actions qui permettront de mieux détecter le produit d'activités criminelles. En renforçant la capacité des services répressifs de détecter, de geler et de confisquer le produit des crimes, il est possible de réduire à néant les gains illicites. Il importe également de recourir davantage aux techniques d'enquêtes financières pour suivre à la trace les capitaux liés à des activités criminelles.

M. António Vitorino, commissaire chargé de la justice et des affaires intérieures, a déclaré : « *La criminalité financière organisée porte préjudice aux acteurs économiques légitimes et renforce l'économie souterraine, amputant d'autant la croissance économique et les ressources publiques. La lutte contre ce type de criminalité doit figurer au rang des grandes priorités de l'UE pour les années à venir* ». Le commissaire Frits Bolkestein, responsable du marché intérieur, a ajouté : « *La criminalité financière est une industrie mondiale. Elle ne s'arrête pas aux frontières et tout maillon*

faible est exploité par les criminels. Par l'intermédiaire du plan d'action pour les services financiers, nous renforçons actuellement les moyens de défense réglementaires de l'Europe contre ceux qui tentent d'escroquer les investisseurs. Toutefois, nous avons également besoin de mesures énergiques et efficaces au niveau européen et international, y compris de nouvelles mesures législatives si besoin est, pour empêcher que le produit de la criminalité organisée ne transite par un système financier de plus en plus sophistiqué ».

Elaborer des actions plus ciblées contre le blanchiment de capitaux

La communication de la Commission européenne s'attache plus particulièrement à la prévention et à la répression du blanchiment de capitaux, car les méthodes utilisées pour blanchir le produit du crime ou dissimuler le crime lui-même sont de plus en plus sophistiquées. Elle traite de la nécessité de disposer de mécanismes efficaces pour détecter et confisquer le produit d'activités criminelles ainsi que de la nécessité d'une coopération renforcée entre entités publiques et privées pour lutter plus efficacement contre ce type de criminalité.

Améliorer la transparence financière

La communication plaide également pour une plus grande transparence financière, indispensable pour limiter les occasions d'infractions. Elle insiste aussi sur la nécessité de mettre au point, au niveau des Etats membres et de l'UE, des techniques d'investigation appropriées, telles que les enquêtes financières. Ceci facilitera la collecte de renseignements sur les faits et gestes des suspects, ainsi que l'identification et la saisie des avoirs d'origine criminelle.

S'attaquer aux fondements de la criminalité financière organisée

L'importance de la lutte contre la criminalité financière organisée ne réside pas simplement dans la répression de cette criminalité particulière, mais tient au fait qu'en cas de succès, elle s'attaque au fondement même des réseaux de criminalité organisée, à sa-

voir la maximisation des profits par des moyens illicites. Le fait de priver les organisations criminelles des moyens de blanchir leurs capitaux ou de financer leurs agissements et le fait de renforcer la capacité des services répressifs de détecter, de geler et de confisquer le produit du crime porteront un coup sérieux à la motivation et à la capacité de fonctionnement des organisations criminelles. Il convient par conséquent de mettre à disposition un personnel répressif doté de compétences et d'une formation appropriées pour lutter contre la criminalité financière organisée dans l'ensemble de l'UE (Communiqué de presse de la Commission européenne, 22 avr. 2004).

Décision-cadre de 2001 concernant le blanchiment d'argent et la confiscation des produits du crime

La Commission invite instamment à une action rapide permettant la mise en œuvre complète de la décision-cadre de 2001 concernant le blanchiment d'argent et la confiscation des produits du crime.

La Commission a adopté un projet de rapport concernant les mesures prises par les Etats membres en vue de se conformer à la décision-cadre du Conseil, du 26 juin 2001, concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime. Le rapport, transmis au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen, comprend une annexe spécifiant, pour chaque article de la décision-cadre, les mesures de transposition prises par chaque Etat membre. Le rapport conclut qu'un certain nombre d'Etats membres ont encore du chemin à faire pour assurer une transposition rapide et complète de la décision-cadre. La Commission les invite à adopter dès que possible les

mesures restant à prendre et à les lui communiquer au plus tard le 1^{er} septembre 2004. Il s'agit de l'une des mesures identifiées par le Conseil européen dans sa déclaration sur la lutte contre le terrorisme adoptée les 25 et 26 mars 2004.

L'article 6 de la décision-cadre du Conseil concernant le blanchiment d'argent impose aux Etats membres l'obligation d'adopter les mesures nécessaires pour se conformer aux dispositions de la décision-cadre au plus tard le 31 décembre 2002. Les Etats membres devaient communiquer au plus tard le 1^{er} mars 2003 au secrétariat général du Conseil et à la Commission le texte des dispositions transposant dans leur droit national les obligations découlant pour eux de la décision-cadre et, le cas échéant, les notifications faites au titre de l'article 40, paragraphe 2, de la convention du Conseil de l'Europe de 1990 relative au blanchiment d'argent, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (« la convention de 1990 »). Le Conseil avait été invité à vérifier, pour le 31 décembre 2003, sur la base de ces informations et du rapport écrit de la Commission, dans quelle mesure les Etats membres avaient pris les mesures nécessaires pour se conformer à la décision-cadre.

Les Etats membres n'ont pas tous transmis en temps utile l'ensemble des textes pertinents de leurs dispositions de transposition ; au 1^{er} novembre 2003, certains (Autriche et Portugal) n'avaient pas envoyé la moindre information. L'élaboration du rapport de la Commission a ainsi été retardée. Cela implique en outre que l'évaluation factuelle et les conclusions reposent parfois sur des informations incomplètes. Compte tenu de ces remarques générales, la situation concernant la transposition des dispositions spécifiques aux Etats membres est la suivante.

Réserves à la convention de 1990 – Art. 1^{er} : afin d'intensifier la lutte contre la criminalité organisée, la décision-cadre exige que les Etats membres prennent les mesures nécessaires

pour ne formuler ou ne maintenir aucune réserve concernant la convention de 1990. L'article 1^{er}, point a), limite les réserves des Etats membres concernant la confiscation des instruments et des produits du crime de manière à étendre la portée des mesures de confiscation à un plus grand nombre d'infractions.

Une grande majorité d'Etats membres (douze) semble respecter l'article 1^{er}, point a), tandis que la Grèce, le Luxembourg et probablement la Suède devront retirer ou reformuler leurs réserves à l'égard de l'article 2 de la convention de 1990. L'article 1^{er}, point b), limite également les réserves, afin de faire de toutes les infractions graves, telles que définies dans la décision-cadre, des infractions sous-jacentes aux fins de la criminalisation du blanchiment d'argent. De même, une majorité d'Etats membres (dix) semble respecter l'article 1^{er}, point b), alors que la Grèce, le Luxembourg et le Portugal ne semblent pas répondre aux conditions requises et que l'Espagne est en passe de modifier sa législation nationale pour respecter pleinement en substance la décision-cadre.

Sanctions – Art. 2 : la décision-cadre fait obligation aux Etats membres de prendre des mesures afin que les infractions visées à l'article 6, paragraphe 1, points a) et b), de la convention de 1990, soient passibles de peines privatives de liberté dont le maximum de peine encourue ne peut être inférieur à quatre ans. Onze Etats membres (la Belgique, le Danemark, l'Allemagne, l'Espagne, la France, l'Irlande, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Finlande, la Suède et le Royaume-Uni) ont fourni à la Commission des informations démontrant qu'ils respectent pleinement cet instrument, bien que dans certains cas la sanction minimale-maximale ne soit prévue que si l'infraction est considérée comme grave.

Confiscation en valeur – Art. 3 : la décision-cadre exige des Etats membres qu'ils prennent des mesures pour permettre la confiscation en valeur, au moins dans le cas où la valeur des pro-

duits du crime est supérieure à 4 000 euros, afin qu'il soit possible, dans les cas où les produits du crime ne peuvent être saisis, de confisquer des biens d'une valeur équivalente aux produits en question. La confiscation en valeur semble être possible à divers degrés, mais au moins comme mesure alternative (même si elle est parfois limitée à des cas spécifiques ou à certains types d'infractions ou de biens), dans les procédures internes de onze Etats membres (Belgique, Danemark, Allemagne, France, Irlande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Finlande, Suède et Royaume-Uni) et dans au moins neuf Etats membres (Belgique, Danemark, France, Irlande, Italie, Pays-Bas, Finlande, Suède et Royaume-Uni, plus probablement l'Allemagne) en ce qui concerne les demandes étrangères. L'Espagne et le Luxembourg ont élaboré des mesures législatives pour mieux se conformer à cet article. Certaines des conditions appliquées à l'exécution des ordres étrangers sont susceptibles d'être modifiées conformément aux instruments futurs en matière de confiscation.

Traitement des demandes d'entraide – Art. 4 : la décision-cadre exige que les demandes d'entraide présentées par les autres Etats membres en ce qui concerne l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des avoirs soient traitées avec le même degré de priorité que celui conféré à ces mesures dans les procédures internes. La Commission n'a pas reçu assez d'informations pour considérer que cette disposition a été spécifiquement transposée.

Application territoriale – Art. 7 : en ce qui concerne l'application à Gibraltar, la Commission ne dispose pas de preuves pour conclure que cette disposition a été transposée par l'Etat membre concerné. Au vu de ces conclusions, la Commission conclut son rapport en invitant les Etats membres à adopter les mesures restant à prendre pour assurer la transposition rapide et complète des dispositions de la décision-cadre et à l'informer de ces mesures aussitôt que possible et au

plus tard le 1^{er} septembre 2004, en lui fournissant une description des mesures prises, étayée par le texte des dispositions légales ou administrati-

ves en vigueur. Dans sa déclaration sur la lutte contre le terrorisme, le Conseil européen a instamment prié tous les Etats membres de prendre les

mesures nécessaires pour mettre pleinement en œuvre cet instrument (Communiqué de presse de la Commission européenne, 6 avr. 2004).

Sommaire récapitulatif

Le sommaire ci-dessous recense les articles de votre *Lamy droit pénal des affaires – 2004* qui ont fait l'objet d'une mise à jour. Ces articles sont identifiés par leur numéro et suivis de la référence du ou des *Bulletins d'Actualité (A, B, C ...)* qui les ont modifiés.

Ce bulletin F actualise les articles de votre **Lamy droit pénal des affaires – 2004** numéros :

90, 443, 632, 725, 1010, 1214, 1229, 1342, 1347, 1432, 1433, 1435, 1443, 1444, 1489, 1543, 1877, 1993, 1994, 2554, 2557, 2560, 2561, 2564, 3550, 3551.

Notions Générales

- La responsabilité pénale des personnes morales
90-F, 106-B

Les délits de droit commun appliqués aux affaires

- L'escroquerie
250-C
- Les délits voisins de l'escroquerie
310-D
- L'abus de confiance
358-D, 374-C, 395-C, 406-D
- Les infractions voisines de l'abus de confiance
443-F
- Le faux et l'usage de faux
476-B
- Les délits de corruption et délits voisins
600-D, 604-D, 613-B, 632-F, 689-A-D, 691-D, 694-C, 695-C, 712-D, 725-F

Les délits financiers et boursiers

- L'usure
751-A
- L'activité illicite de banque, de crédit et de placement financier
810-A, 819-A, 846-C
- Délits de blanchiment de l'argent illicite
975-D, 997-C, 999-B, 1004-D, 1010-A-F, 1014-D, 1029-C
- Délits et manquements boursiers
1214-F, 1229-F, 1232-C, 1322-B

Les délits du droit des sociétés

- Les infractions au droit des sociétés
1342-F

- Les infractions relatives à la constitution ou à la modification des sociétés de capitaux
1347-F, 1432-F, 1433-F, 1435-F, 1443-F, 1444-F

- L'abus de biens et de pouvoirs sociaux
1489-F, 1538-B, 1543-F

- Les infractions relatives au commissariat aux comptes
1721-C, 1723-C

Les infractions relatives au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises – La banqueroute

- Le délit de banqueroute
1877-D-F

Les infractions économiques de la distribution

- Le droit pénal de la publicité
1965-B
- Les fraudes : la tromperie et la falsification
1993-F, 1994-F, 2000-C, 2017-C

Les délits fiscaux

- Infractions et sanctions : les délits de fraude fiscale
2278-A

Les délits douaniers

- Les pouvoirs des agents des douanes
2434-B, 2554-F, 2557-F, 2560-F, 2561-F, 2564-F
- Les infractions douanières
2645-A

- La répression des infractions

2930-C, 2944-D, 2946-D, 3026-C, 3047-C

Les délits en matière d'environnement

- Le droit pénal de l'eau
3172-E
- Le droit pénal des déchets
3384-B

Procédure de droit commun

- Recherche, constatation et poursuite des infractions
3497-E, 3525-D-E, 3530-E, 3538-E, 3548-E, 3550-F, 3551-F, 3552-E, 3554-E, 3563-E, 3577-C, 3578-B-C, 3580-E
- L'instruction préparatoire
3601-E, 3608-E, 3613-E, 3614-E, 3616-E, 3620-E, 3622-A, 3623-E, 3626-B, 3628-E
- Le jugement des infractions
3664-E

Les sanctions et les réparations

- La nature des peines
3669-E
- Le régime des peines
3743-A
- Le casier judiciaire
3761-D

Aspects internationaux du droit pénal des affaires

- La sphère d'application du droit pénal et la coopération judiciaire
3763-A, 3813-C-D, 3818-E, 3820-E

LAMY DROIT PENAL DES AFFAIRES

Président Directeur Général/Directeur de la publication :

Jean-Paul NOVELLA

Rédacteur en chef : Héléna ALVES

Réalisation P.A.O. : Aurélie HUNGER

Édité par LAMY SA

Siège social : 21/23, rue des Ardennes 75935 Paris Cedex 19

N° Indigo : 0 825 08 08 00 – Fax : 01 44 72 13 88

Capital de 1 800 000 € – RCS Paris 305 254 161

Principaux actionnaires : Wolters Kluwer France – Groupe Liaisons S.A. –
Wolters Kluwer International Holding

N° Commission paritaire : 0204 F 81189 – Dépôt légal : à parution

N° ISSN : 1635-7906

Abonnement annuel : 473,70 € TTC – Périodicité : mensuelle

Imprimerie Delcambre, 45, rue Delizy 93500 Pantin

Toute reproduction ou représentation intégrale ou partielle par quelque procédé que ce soit, des pages publiées dans la présente publication, faite sans autorisation de l'éditeur est illicite et constitue une contrefaçon.

Les noms, prénoms et adresses de nos abonnés sont communiqués à nos services internes et organismes liés contractuellement avec la publication, sauf opposition motivée. Dans ce cas, la communication sera limitée au service abonnement. Conformément à la loi du 6 janvier 1978, ces informations peuvent donner lieu à l'exercice d'un droit d'accès et de rectification auprès de Lamy S.A. – Direction Commerciale.