HAL
archives-ouvertes.fr

Le principe de nécessité en droit pénal des affaires

Florent Kirmann

▶ To cite this version:

Florent Kirmann. Le principe de nécessité en droit pénal des affaires. Droit. Université de Lorraine, 2018. Français. NNT : 2018LORR0058 . tel-01883288

HAL Id: tel-01883288
https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01883288

Submitted on 27 Sep 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ DE LORRAINE

AVERTISSEMENT

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

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

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

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

LIENS

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

UNIVERSITE DE LORRAINE
FACULTE DE DROIT, SCIENCES ECONOMIQUES ET GESTION

LE PRINCIPE DE NECESSITE EN DROIT PENAL DES AFFAIRES

THESE
pour l'obtention du grade de

DOCTEUR EN DROIT
(Doctorat nouveau régime – Mention droit privé et sciences criminelles)

présentée et soutenue publiquement le 11 mai 2018

par

Florent KIRMANN

Membres du jury

Monsieur Frédéric STASIAK (Directeur de thèse)
Professeur de droit privé à l'Université de Lorraine

Monsieur Loïc DE GRAEVE (Directeur de thèse)
Maître de conférences HDR à l'Université de Lorraine

Madame Stéphanie FOURNIER (Rapporteur de thèse)
Professeur de droit privé à l'Université de Grenoble Alpes

Monsieur Xavier PIN (Rapporteur de thèse)
Professeur de droit privé à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Madame Corinne ROBACZEWSKI
Maître de conférences HDR à l'Université d'Artois

L’université n’entend accorder aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Je tiens, en premier lieu, à exprimer ma profonde gratitude et ma reconnaissance à Monsieur le Professeur Frédéric STASIAK et à Monsieur Loïc DE GRAEVE pour leurs précieux conseils, leur disponibilité et le temps qu'ils ont accordé à l'élaboration de cette thèse tout au long de ces dernières années.

Mes remerciements vont également à Madame le Professeur Stéphanie FOURNIER, à Monsieur le Professeur Xavier PIN ainsi qu'à Madame Corinne ROBACZEWSKI, qui ont accepté d'être rapporteurs de cette thèse et de participer à l'évaluation de ce travail.

D'autre part, je souhaite manifester ma grande reconnaissance à Maître Anne PAUL, Avocat au Barreau de Luxembourg, laquelle m'a permis de réaliser cette thèse de doctorat en parallèle d'une pratique du droit en son étude. Elle m'a toujours été d'un soutien infaillible, notamment en me transmettant ses conseils les plus avisés et son expérience professionnelle, me permettant de rédiger mon étude dans les meilleures conditions.
De même, je remercie chaleureusement les membres de l'étude Lutgen & Associés, Avocats au Barreau de Luxembourg, pour leur confiance et leur soutien dans les derniers mois de mon doctorat.

Enfin, j'ai une pensée particulière pour Déborah, qui a partagé cette expérience à mes côtés au quotidien, pour son assistance précieuse et le temps conséquent qu'elle a accordé à la relecture et à la correction de ma thèse. Mes derniers remerciements vont à ma famille pour leur support pendant toutes ces années.

PRINCIPALES ABREVIATIONS

AGRASC	:	Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués
AJDA	:	Actualités juridiques de droit administratif
AJ pénal	:	Actualités juridiques de droit pénal
al.	:	alinéa
AMF	:	Autorité des marchés financiers
AN	:	Assemblée nationale
art.	:	article
ass.	:	assemblée
Bull. crim.	:	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre criminelle
Bull. Joly	:	Bulletin Joly
BVerfGE	:	Bundesverfassungsgerichts
c./	:	contre
CA	:	Cour d'appel
C. ass.	:	Code des assurances
Cass. civ.	:	Chambre civile de la Cour de cassation ($1^{ère}$, 2^{e} ou $3^{ème}$)
Cass. com.	:	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. crim.	:	Chambre criminelle de la Cour de cassation
C. C. C.	:	Cahiers du Conseil constitutionnel
C. civ.	:	Code civil
C. com.	:	Code de commerce
C. consom.	:	Code de la consommation
C. douanes	:	Code des douanes
C.E.D.H.	:	Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales

Cf.	:	confronter, voir
Ch.	:	chambre
Chap.	:	chapitre
Chron.	:	chronique
Circ.	:	circulaire
Circ. CRIM	:	circulaire du Ministère de la Justice
C.J.U.E.	:	Cour de Justice de l'Union européenne
C. mon. fin.	:	Code monétaire et financier
C. mut.	:	Code de la mutualité
COB	:	Commission des opérations de bourse
coll.	:	collection
comm.	:	commentaire
C. pén.	:	Code pénal
C. pr. pén.	:	Code de procédure pénale
concl.	:	conclusions
Cons. const.	:	Conseil constitutionnel
consid.	:	considérant
Cour E.D.H.	:	Cour européenne des droits de l'homme
C. sec. soc.	:	Code de la sécurité sociale
D.	:	Recueil Dalloz
D. act.	:	Dalloz actualité
DC	:	Décision rendue par le Conseil constitutionnel concernant la conformité à la Constitution
doctr.	:	doctrine
Dr. pén.	:	Revue mensuelle de droit pénal
Dr. sociétés	:	Revue Droit des sociétés (LexisNexis)
éd.	:	édition
fasc.	:	fascicule
Gaz. Pal.	:	Gazette du Palais
ibid.	:	ibidem
in	:	dans
infra	:	ci-dessous

J.-Cl.	:	Juris-classeur (Civil, pénal, procédure pénale ou commerciale)
JCP	:	La Semaine juridique – Edition générale
JCP E	:	La Semaine juridique – Entreprises et affaires
JCP G	:	La Semaine juridique – Edition générale
JORF	:	Journal officiel de la République française
J.O.U.E.	:	Journal officiel de l'Union européenne
L.	:	Loi
L.G.D.J.	:	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
Liv.	:	livre
LPA	:	Les petites affiches
n°	:	numéro
obs.	:	observations
op. cit.	:	opere citato
p.	:	page
préc.	:	précédent
PUAM	:	Presses universitaires de l'Université d'Aix-Marseille
PUF	:	Presses universitaires de France
rapp.	:	rapport
RD banc. et fin.	:	Revue de droit bancaire et financier
RDBB	:	Revue de droit bancaire et de la bourse
Rec.	:	Recueil des décisions du Conseil d'Etat
Rép. pén.	:	Répertoire (Encyclopédie) Dalloz de droit pénal et de procédure pénale
Req.	:	Requête
RFDA	:	Revue française de droit administratif
RFDC	:	Revue française de droit constitutionnel
Rev. soc.	:	Revue des sociétés (Dalloz)
RID pén.	:	Revue internationale de droit pénal

RJDA	:	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJSP	:	Revue des juristes de Sciences Po
RSC	:	Revue de sciences criminelles
RTD civ.	:	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	:	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD fin.	:	Revue trimestrielle de droit financier
S.	:	Recueil Sirey
s.	:	et suivant(e)s
sect.	:	section
somm.	:	sommaire
spé.	:	spécialement
supra.	:	ci-dessus
T.	:	tome
T. corr.	:	tribunal correctionnel
TGI	:	tribunal de grande instance
V.	:	voir
Vol.	:	volume

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE : LE PRINCIPE DE NECESSITE, FREIN A L'INTERVENTION DU DROIT PENAL DANS LA VIE ECONOMIQUE

TITRE 1 : LE PRINCIPE DE NECESSITE DES INCRIMINATIONS EN DROIT PENAL DES AFFAIRES

CHAPITRE 1 : LE PRINCIPE DE NECESSITE ET L'EXISTENCE DE L'INCRIMINATION

CHAPITRE 2 : LE CONTROLE DU RESPECT DU PRINCIPE DE NECESSITE DE L'INCRIMINATION

TITRE 2 : LE PRINCIPE DE NECESSITE DE LA REPRESSION EN DROIT PENAL DES AFFAIRES

CHAPITRE 1 : LE PRINCIPE DE NECESSITE DE LA SANCTION

CHAPITRE 2 : LE PRINCIPE DE NECESSITE DES MESURES N'ETANT PAS DES SANCTIONS AYANT LE CARACTERE D'UNE PUNITION

SECONDE PARTIE : LE PRINCIPE DE NECESSITE, MOTEUR DE L'INTERVENTION DU DROIT PENAL DANS LA VIE ECONOMIQUE

TITRE 1 : LE PRINCIPE DE NECESSITE, MOTEUR DE L'INTERVENTION SUBSTANTIELLE DU DROIT PENAL DANS LA VIE ECONOMIQUE

CHAPITRE 1 : LA FONCTION DE NEUTRALISATION DE LA PEINE

CHAPITRE 2 : LES FONCTIONS DE DISSUASION ET DE RETRIBUTION DE LA PEINE : LA PRIVATION DE TOUT PROFIT

TITRE 2 : LE PRINCIPE DE NECESSITE, MOTEUR DE L'INTERVENTION FORMELLE DU DROIT PENAL DANS LA VIE ECONOMIQUE

CHAPITRE 1 : L'ASPECT PROCEDURAL DU PRINCIPE DE NECESSITE EN MATIERE ECONOMIQUE

CHAPITRE 2 : L'ASPECT INSTITUTIONNEL DU PRINCIPE DE NECESSITE EN MATIERE ECONOMIQUE

INTRODUCTION

1. « *Necessitas non habet legem* », nécessité n'a point de loi. Il peut sembler paradoxal d'inaugurer les premières lignes de notre thèse en excluant d'emblée la notion de nécessité du champ juridique, comme si celle-ci n'entretenait aucun rapport avec l'œuvre législative. Et pourtant, la nécessité se pare également des attributs d'un principe, variété de normes parmi les plus hautes dans la hiérarchie juridique[1]. Ce paradoxe et cette dichotomie ne seront pas les derniers que nous rencontrerons, ceux-ci nous poursuivant tout au long de notre étude et marquant considérablement le principe de nécessité. Il conviendra, dans les développements qui vont suivre, d'esquisser les premiers traits de ce principe et de son application au sein du droit pénal des affaires. Avant de pouvoir cerner avec précision ce à quoi correspond ce principe de nécessité, il faut s'intéresser à ses origines et notamment à la notion de nécessité qui a fortement inspiré le domaine juridique.

2. Les contours de la notion de nécessité. Le concept de nécessité dispose d'une large acception dans sa définition. Celle-ci peut être interprétée de nombreuses manières, ce qui transparaîtra également dans son appréhension juridique puisque le terme, issu du latin *necessitas*, renvoie dès l'origine à plusieurs définitions. Nous retiendrons trois groupes d'acceptions de la notion de nécessité pertinents et qui intéressent notre étude. Tout d'abord, la nécessité renvoie à ce dont on ne peut se passer, ce qui est obligatoire, voire indispensable. Dès

[1] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 1987, p. : « Règle juridique établie par un texte en termes assez généraux destinée à inspirer diverses applications et s'imposant avec une autorité supérieure ».

lors, ce qui est jugé nécessaire est synonyme de besoin impérieux auquel on ne peut se soustraire. Il est possible ici de rapprocher cette forme de la nécessité des notions d'exigence, d'impératif et d'obligation. Nous pouvons, avec Monsieur le Professeur Xavier PIN, considérer ce qui est nécessaire comme quelque chose qui ne se discute pas, comme un élément qui va de soi puisque « par nature la nécessité se constate ou se ressent plus qu'elle ne se définit ou se démontre »[2]. En outre, la notion de nécessité peut être prise dans un sens davantage négatif en ce qu'elle renvoie à une force qui s'impose par soi-même, dictée par des éléments supérieurs et extérieurs, une force que l'on ne peut éviter, qui sont inéluctables. Enfin, la nécessité fait référence à une situation de dénuement et d'indigence qui s'apparente également à l'urgence et à la sauvegarde des intérêts légitimes, situation à laquelle le droit ne sera pas insensible. Il est important de noter que ces acceptions de la nécessité ont profondément marqué le champ juridique et seront d'une grande utilité pour notre étude. Dès lors, il sera traité ci-après de ces trois sens de la nécessité, intégrés par le droit et qui nous mèneront au principe de nécessité à proprement parler.

3. L'intégration de la notion de nécessité en droit : la nécessité comme situation de crise. Dans un premier temps, le domaine juridique a appréhendé la nécessité en tant que situation exceptionnelle qui commande des réponses extraordinaires[3]. Faisant très tôt écho à Saint Augustin selon lequel « la nécessité ne connaît pas de loi », le droit avait une approche de la nécessité en tant que besoin impérieux qui oblige à recourir à des solutions adaptées. Aussi, cette solution était particulièrement développée au sein du droit romain, lequel nous a laissé de nombreux adages en la matière. Par exemple, plusieurs expressions latines reprennent cette acception comme « *necessitas non tollit jus sed suspendit* », selon laquelle la nécessité suspend le droit mais ne le supprime pas. Ainsi, l'état de nécessité est une notion juridique permettant, dans une situation exceptionnelle de crise, de réaliser des actes normalement de nature à engager la responsabilité de leurs auteurs. Aujourd'hui, il est possible de relever deux expressions de cette notion de nécessité au sein du droit positif. D'une part, celle-ci se retrouve en droit public mais aussi, ce qui nous intéresse davantage, en droit pénal. La nécessité comme situation de crise se rencontre en droit international public, lequel exclut toute responsabilité

[2] X. PIN, « Préface », in *Le principe de nécessité en droit pénal*, Actes de la journée d'études radicales du 12 mars 2012, dir. O. CAHN et K. PARROT, LEJEP, 2014, p. 7.

[3] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 521 : « force des circonstances ; situation critique qui, abolissant en fait le choix des moyens, dicte et justifie une solution même exorbitante comme étant, raisonnablement, dans le cas, la seule de nature à sauvegarder un intérêt légitime ; ».

des Etats « lorsque le fait accompli était le seul moyen […] de protéger un intérêt essentiel contre un péril grave et imminent »[4]. En droit interne, l'article 16 de la Constitution de 1958 permet un transfert des pouvoirs à l'exécutif et de la concentration de ceux-ci entre ses mains en temps de crise grave pour le pays. Le droit n'est pas resté étranger à la définition de la nécessité en tant qu'état d'urgence qui commande la sauvegarde d'intérêts supérieurs par une réponse exceptionnelle. Cette nécessité a également été très vite intégrée par le droit pénal sous le terme « d'état de nécessité » pour justifier la réalisation d'une infraction en temps de crise afin de sauvegarder une valeur supérieure. En ce sens, l'état de nécessité a été reconnu comme cause d'irresponsabilité dès l'Ancien droit puisque le vol d'aliments en période de famine était par exemple impuni[5]. Par la suite, l'état de nécessité a été au cœur de la célèbre affaire *Menard,* au cours de laquelle une mère de famille dans la misère et n'ayant pas mangé depuis plusieurs jours fut acquittée pour avoir volé du pain[6]. A l'heure actuelle, l'état de nécessité dispose d'une assise légale au sein de l'article 122-7 du Code pénal qui précise que « n'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace ». Il ressort de ces éléments que la notion de nécessité a été pleinement intégrée au droit et ce, bien avant les législations modernes. Au-delà de cette acception, le droit fait également référence à une autre forme de la nécessité, celle qui nous mènera directement au cœur de notre étude.

4. L'intégration de la notion de nécessité en droit : la nécessité comme besoin impérieux ou force inéluctable. Le domaine juridique a très tôt inclus la notion de nécessité. Cependant, la définition retenue précédemment ne doit pas être confondue avec celle qui se rapproche davantage de ce qui est nécessaire en dehors de toute situation d'urgence, c'est-à-dire ce dont on ne peut se passer. Cet aspect de la nécessité, en tant qu'objet indispensable, voire obligatoire, s'est retrouvé plus tardivement affirmé de façon explicite par le droit. A titre d'exemple, il est notamment possible de l'identifier en droit civil et plus précisément à propos des mesures de protection des majeurs. En ce sens, l'article 428 du Code civil dispose que « la mesure de protection ne peut être ordonnée par le juge qu'en cas de nécessité et lorsqu'il ne peut

[4] S. GUINCHARD, T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques 2016-2017*, Dalloz, coll. « Lexiques », 24e éd., 2016, p. 472.

[5] B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Précis, 25e éd., 2017, n° 434, p. 372.

[6] Amiens, 22 avr. 1898, *DP* 1899. 2. 239, note L. JOSSERAND ; *S*. 1899. 2. 1, note A. ROUX.

être suffisamment pourvu aux intérêts de la personne par l'application des règles du droit commun de la représentation […] ». En d'autres termes, la mesure de protection du majeur se doit d'être l'ultime recours, elle doit être subsidiaire et doit par conséquent revêtir le caractère de la nécessité en tant qu'acte dont on ne peut se passer. C'est cette définition de la nécessité qui nous intéressera tout au long de notre thèse. Cette acception de la nécessité correspond pleinement à celle contenue dans le principe de nécessité comme nous pourrons le constater. Ainsi, la nécessité comme besoin impérieux, comme obligation, conduit à se questionner sur la création d'un principe qui commande la loi pénale et qui permet de s'interroger sur la pertinence du droit pénal. Ce dernier est la forme la plus dure du droit, il restreint les libertés individuelles et fondamentales, ce qui justifie que l'on s'interroge sur le caractère impérieux de la loi pénale. Avant toute étude approfondie en la matière, il convient de se pencher sur les origines de ce principe de nécessité et sur la manière dont cette acception de la nécessité a pu obtenir la force d'un principe juridique et être intégrée au droit positif.

5. Les origines philosophiques du principe de nécessité. Préalablement à son introduction dans le domaine juridique *stricto sensu*, le principe de nécessité tire ses racines dans les écrits philosophiques s'intéressant aux rapports entre d'un côté l'Etat en tant que détenteur du droit de punir et d'un autre côté les citoyens. Même si l'on considère communément que les origines du principe de nécessité se situent à l'époque des Lumières, il est en réalité possible d'en trouver trace antérieurement[7]. En effet, l'auteur du *Leviathan* mais également *De la nécessité et de la liberté*, Thomas HOBBES, s'est intéressé à étudier les rapports de force entre le droit pénal et les libertés individuelles. Même sans avoir formulé expressément ce qui deviendra le principe de nécessité, HOBBES, en se penchant notamment sur l'utilité du recours à la force, a été un précurseur du mouvement poursuivi ensuite par les philosophes des Lumières. Ces penseurs de la fin du XVIIe siècle et du début du XVIII^{e} siècle, marqués par une volonté universelle de liberté individuelle contre le totalitarisme de l'Ancien Régime, ont vivement étudié la place du droit pénal au sein de la société et son utilité face aux libertés naturelles de l'homme. Même si le *Contrat social* de Jean-Jacques ROUSSEAU tient une place importante en ce domaine, c'est à MONTESQUIEU que l'on doit les premières références explicites au principe de nécessité, notamment au sein de *L'Esprit des lois* ou des *Lettres persanes*. Il est possible de relever chez MONTESQUIEU une étude approfondie sur la

[7] J. IMBERT, « L'origine idéologique des « principes de 1789 » », in *Les principes de 1789*, PUAM, 1989, p. 12.

nécessité du droit pénal, sur la nécessité des peines et plus largement, sur la modération de l'intervention de la loi pénale dans la société afin de protéger au mieux les droits de chacun. Aussi, cet auteur a pu affirmer que « la liberté consiste principalement à ne pouvoir être forcé à faire une chose que la loi n'ordonne pas ». Comme nous le verrons plus tard, l'esprit de cette citation sera reprise presque à l'identique par les révolutionnaires pour intégrer le principe de nécessité des incriminations au droit positif. Pendant cette période, ce principe ne dispose pas encore d'assise juridique mais les écrits philosophiques se font de plus en plus nombreux. Au-delà de la nécessité du droit pénal, MONTESQUIEU s'est également attaché à recommander une modération des peines et notamment un abandon des châtiments corporels, figurant le futur principe de nécessité des peines. Même si le philosophe français a été le premier à poser les véritables jalons du principe de nécessité, sa pensée affichait un visage juridique peu prononcé contrairement à l'auteur dont le nom est resté associé à celui du principe de nécessité. Pour les juristes et surtout les pénalistes, le véritable père du principe de nécessité est Cesare BECCARIA, auteur du *Traité des délits et des peines*, publié en 1764. Outre ses développements sur le principe de légalité, de non rétroactivité de la loi pénale ou de proportionnalité, BECCARIA s'est attaché à étudier la norme répressive à travers son caractère impérieux. Plus précisément, le penseur italien s'est interrogé sur la stricte nécessité des peines et notamment les châtiments corporels et la peine de mort. Celui-ci a ainsi recommandé au législateur de faire preuve de modération dans l'établissement des peines, ces dernières étant plus à même de produire leurs effets si elles sont strictement nécessaires. Pour son œuvre, BECCARIA est aujourd'hui considéré comme l'un des pères fondateurs du droit pénal moderne [8]. Fortement inspiré par les penseurs antérieurs et notamment ceux précités, BECCARIA a synthétisé de nombreuses considérations pour élaborer ses théories sur la politique pénale et son nom est aujourd'hui directement lié au principe de nécessité notamment en raison de l'intérêt porté aux peines. L'auteur italien a en effet fortement appuyé sa pensée sur la modération et la nécessité des peines et a complété les travaux de MONTESQUIEU en exposant par exemple que « tout acte d'autorité d'homme à homme qui ne dérive pas d'une nécessité absolue est tyrannique. Le droit qu'a le souverain de punir les délits est donc fondé sur la nécessité de défendre contre les usurpations particulières le dépôt constitué pour le salut public »[9]. Le principe de nécessité, bien avant de devenir une norme juridique, disposait donc

[8] S. MANACORDA, « Cesare Beccaria et la peine de la réclusion à perpétuité », *RSC* 2015, p. 313.

[9] C. BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, Trad. Par M. Chevallier, Flammarion, 2006, ch. II, p. 63.

d'une assise philosophique importante et d'une reconnaissance quasi universelle. Dès lors, on ne peut ignorer l'importance considérable de la philosophie des Lumières sur un principe juridique parvenu jusqu'à nous et notre étude fera régulièrement référence à ces auteurs tant leur pensée correspond au socle de ce qu'est le présent principe de nécessité. Cependant, cantonner ces idées aux seuls écrits philosophiques n'aurait pas eu d'incidence sur le droit positif. Il a donc été jugé opportun de les importer dans le domaine juridique à proprement parler et de leur conférer valeur de norme.

6. Les origines juridiques du principe de nécessité. L'influence de la philosophie des Lumières sur la Révolution française de 1789 est évidente, notamment en ce qui concerne les rapports entre le citoyen et le droit pénal, comme le traduisent parfaitement les textes légaux établis à cette époque. L'adoption de la Déclaration de 1789 s'inscrit dans un climat social particulier en France où l'autorité du Roi est remise en question et les travers de l'Ancien Régime fortement critiqués. Après un mouvement social violent depuis le début de l'année 1789, il est décidé de modifier le régime politique actuel en basculant d'une monarchie absolue vers une monarchie constitutionnelle. Aussi, c'est en date du 9 juillet 1789 que le député du Dauphiné MOUNIER propose de faire précéder la future constitution d'une déclaration des droits fondamentaux. Ce dernier affirme que « pour qu'une constitution soit bonne, il faut qu'elle soit fondée sur les droits de l'homme. Le Comité a cru qu'il serait convenable, pour rappeler le but de notre Constitution, de la faire précéder par une Déclaration des droits des hommes, mais de la placer, en forme de préambule, au-dessus des articles constitutionnels, et non de la faire paraître séparément. C'est donc de la Déclaration des droits, considéré comme préambule de la Constitution, que l'Assemblée doit d'abord s'occuper »[10]. D'emblée, les révolutionnaires ont eu le souhait de doubler une constitution technique d'une déclaration davantage philosophique ayant pour but d'affirmer les droits de chacun, ce qui permet de dire que « la Déclaration est donc conçue comme un texte supra-légal qui fixe un cadre d'intervention au pouvoir législatif »[11]. Suivant l'avis de MOUNIER, l'Assemblée décrète le 4 août suivant que la constitution à venir sera bien précédée d'une déclaration sur les droits

[10] G. PUTFIN, « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Recensement et variantes des textes (août 1789 – septembre 1791), *Annales historiques de la Révolution française*, n° 232, 1978, p. 181.

[11] M. CAVERIVIERE, « Article 8 », in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, dir. G. CONAC, M. DEBENE et G. TEBOUL, Economica, 1993, p. 173.

fondamentaux des citoyens[12]. Une fois le projet présenté et entériné publiquement, il est décidé d'établir la version définitive après une discussion article par article. Dès lors, du 20 août au 26 août 1789, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen est adoptée par l'Assemblée constituante. Cette déclaration fait la part belle au droit pénal avec pas moins de onze articles sur dix-sept le concernant explicitement. Malgré la célérité des révolutionnaires dans la rédaction de la déclaration, il faudra attendre le 3 novembre 1789 pour que le texte ait force de loi par promulgation du roi Louis XVI. L'importance donnée au droit pénal et aux libertés fondamentales par les constituants ne pouvait être complète qu'avec l'insertion du principe de nécessité, tel que développé auparavant par MONTESQUIEU et BECCARIA. Cette insertion du principe de nécessité fut chose faite par l'intermédiaire de trois articles visant respectivement son application en matière d'incriminations, de peines et de procédure.

7. Première forme du principe : le principe de nécessité des incriminations. A première lecture, il apparaît que les déclarants de 1789 ont été fortement inspirés dans leurs travaux par les écrits des Lumières, ce qu'illustre parfaitement la rédaction de l'article relatif au principe de nécessité appliqué aux incriminations. La ressemblance est frappante entre la citation de MONTESQUIEU selon lequel « la liberté consiste principalement à ne pouvoir être forcé à faire une chose que la loi n'ordonne pas » et l'article 5 de la Déclaration qui dispose que « la Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société. Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas ». Notons qu'initialement, cet article avait été inscrit à l'ordre du jour de l'Assemblée nationale le 21 août 1789 et avait été présenté par le député Alexandre DE LAMETH en des termes très similaires : « la loi ne peut défendre que les actions évidemment nuisibles à la société : tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas ». Dès lors, ce texte, même s'il va être légèrement modifié, n'a pas fait l'objet de longs débats[13]. Par cette première forme du principe, les révolutionnaires ont eu le souhait d'affirmer la discontinuité et la subsidiarité du droit pénal[14], ou plus simplement, de poser « les limites de la loi écrite »[15]. En d'autres termes, le droit pénal

---

[12] S. RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Hachette, coll. « Pluriel », 1988, p. 170.

[13] J.-M. NZOUANKEU, « Article 5 », in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, dir. G. CONAC, M. DEBENE et G. TEBOUL, Economica, 1993, p. 116.

[14] E. DREYER, *Droit pénal général*, LexisNexis, coll. « Manuel », 4e éd., 2016, n° 85, p. 62.

[15] E. BLUM, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Alcan, 14e éd., 1909, p. 129.

n'a pas vocation à régir tous les compartiments de la vie sociale et ne peut donc, *a fortiori*, qu'intervenir de manière exceptionnelle. Pour reprendre l'expression d'un auteur, « la liberté individuelle reste-elle le principe et les incriminations constituent autant d'exceptions »[16]. Aussi, ce principe de nécessité est fondamental dans une société démocratique et sert de véritable guide à la politique criminelle du législateur. Son principal objectif est de permettre un recours modéré au droit pénal qui ne doit intervenir que pour interdire « les actions nuisibles à la société », ces dernières constituant la barrière ultime au-delà de laquelle le droit pénal n'a pas vocation à s'immiscer. C'est notamment cette limitation qui permettra à des auteurs d'affirmer que « non content d'être encadré par la loi, le droit criminel ne doit intervenir que si nécessaire »[17]. Cette première apparition du principe de nécessité, appliqué au processus d'incrimination, apparaît donc fondamentale en droit pénal, et notamment dans le domaine économique. Pour être parfaites, les incriminations doivent se doubler d'une peine, instrument inévitable pour faire respecter une obligation et qui s'est vu lui aussi touché par le principe de nécessité.

8. Deuxième forme du principe : le principe de nécessité des peines. Outre la restriction dans le choix des comportements à incriminer, le principe de nécessité a également vocation à modérer plus spécifiquement la répression. Là encore les philosophies des Lumières ont eu un impact fort sur la rédaction de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, lequel précise que « la Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ». Ce texte pose, sans aucun doute, la forme la plus connue du principe de nécessité, celle qui s'intéresse aux peines. L'article 8 est ainsi une référence directe aux écrits de BECCARIA et à ses appels à une modération des châtiments, à une peine juste et humaine mais également à MONTESQUIEU lorsqu'il affirme que « tout châtiment qui ne découle pas directement d'une nécessité absolue est tyrannique ». A l'origine donc, ce texte vise à prescrire toute rigueur inutile[18], à écarter tous les supplices corporels et autres châtiments extrêmement sévères[19] et doit être de manière générale, une garantie contre une politique du

---

[16] E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 247, p. 175.

[17] R. KOERING-JOULIN et J.-F. SEUVIC, « Droits fondamentaux et droit criminel », *AJDA*, Juill.-Août 1998, n° spécial, p. 1.

[18] E. BLUM, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, *op. cit.*, p. 170.

[19] J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « 1789 : un nouveau droit pénal est né », in *Etudes offertes à Pierre Jaubert*, Presses universitaires de Bordeaux, 1992, p. 171.

« tout répressif ». Il est intéressant de noter l'utilisation des termes « strictement et évidemment » qui viennent renforcer encore davantage la disposition et prescrivent que la nécessité de la peine ne doit prêter à aucune discussion, que son recours doit aller de soi. Dès lors, le principe de nécessité des peines a vocation à jouer un rôle central non seulement au stade de son élaboration mais également au moment de son prononcé par l'autorité compétente, ce qui permet de relier aisément son importance à celle de l'article 5 précité. Le droit pénal substantiel étant parfaitement concerné par ces deux formes du principe de nécessité, il convenait aux déclarants de 1789 d'être exhaustifs en s'intéressant à l'aspect formel de la matière.

9. Troisième forme du principe : le principe de nécessité de la procédure. Le processus d'incrimination étant limité et encadré par l'article 5, le recours aux peines modéré par l'article 8, l'aspect procédural du droit criminel se devait d'être lui aussi soumis au principe de nécessité afin de préserver et garantir au mieux les libertés individuelles. Ce fut chose faite par l'insertion d'un article 9 qui affirme que « tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi ». Une fois encore, l'empreinte des Lumières ne fait aucun doute et les révolutionnaires ont expressément affiché leur souhait de protéger les libertés des citoyens contre la force et la dureté de la procédure pénale. Malgré l'utilisation explicite du terme « nécessaire », cet article 9 est trop rarement rattaché au principe de nécessité, au profit d'un autre principe fort, celui de présomption d'innocence. Pourtant, son importance est grande puisque ce principe permet de limiter les mesures coercitives de l'Etat et d'aboutir à une modération générale de la procédure pénale. Par exemple, ce texte vise à protéger les droits fondamentaux comme la propriété privée et l'inviolabilité du domicile ou des correspondances, ce qui en fait un principe fondamental dans un Etat de droit[20]. En outre, son champ d'application s'est voulu large en englobant toutes les phases du procès pénal afin de protéger au mieux la personne inquiétée. Dès lors, le principe de nécessité n'est pas un principe unique mais renvoie plutôt à trois formes qui ont vocation à innerver l'ensemble du droit pénal. Au-delà de ces trois expressions, le principe de nécessité présente également une certaine dualité intrinsèque.

[20] H. HENRION, « L'article préliminaire du Code de procédure pénale : vers une « théorie législative » du procès pénal ? », *Archives de politique criminelle*, 2001/I, n° 23, p. 13.

10. Le double visage du principe de nécessité. Il serait malvenu d'appréhender le principe de nécessité par un seul versant, exclusivement négatif. Si celui-ci est avant tout perçu comme une barrière freinant l'intervention pénale, il présente également un visage positif. Aussi, le principe de nécessité se doit d'être étudié tant à propos de son aspect négatif que de son aspect positif. D'ailleurs, un auteur ne s'y est pas trompé lorsqu'il a affirmé que « la nécessité peut être aussi bien le sentiment collectivement partagé (ou inculqué) qu'à un moment donné, il est juste, utile voire indispensable de punir ou de contraindre, que le sentiment exactement contraire, qu'il faut dépénaliser »[21]. Le côté négatif du principe de nécessité est le plus traditionnel et le plus communément étudié, c'est celui qui dicte au législateur de ne recourir à la loi pénale qu'en dernier ressort, qu'en cas d'extrême nécessité. Ce caractère trouve sa plus haute expression dans le refus d'incriminer tel comportement ou d'établir telle peine. A l'inverse, le principe de nécessité dispose d'un visage positif qui enjoint au droit répressif d'intervenir alors que les circonstances le commandent. En ce sens, c'est le principe de nécessité qui guide le législateur lorsque celui-ci décide de hisser un fait au rang d'incrimination et de lui adjoindre une sanction qu'il juge adéquate. Il en est de même lorsque telle mesure coercitive intègre le droit positif. Cette dualité du principe de nécessité suivra notre étude tout au long de nos développements tant son intérêt est grand. Il est indispensable d'appréhender le principe de nécessité de façon classique, en tant que frein à l'intervention pénale mais il est plus innovant de le traiter sous son aspect positif, comme promoteur du droit répressif. Cette mise en avant du côté positif du principe de nécessité est bien trop rare et il nous reviendra de se poser les bonnes questions pour étudier au mieux cet aspect du sujet. Ces premiers développements consacrés au principe de nécessité ayant permis au lecteur d'en former une première idée, il est important de s'attarder maintenant sur son domaine d'application, notre étude n'ayant pas vocation à traiter du principe de nécessité dans sa totalité mais de s'attacher à son rôle dans un domaine bien précis.

11. L'implication du droit pénal dans la vie économique. Notre thèse aura pour champ d'étude non pas le principe de nécessité appliqué à l'entièreté du droit pénal mais à une fraction de celui-ci et qui concerne le monde des affaires, ce qu'il convient d'expliciter. Avant de s'intéresser au droit pénal, il est utile de rappeler que le droit a depuis toujours eu une influence importante sur le domaine économique, ces deux matières étant interconnectées. Très

[21] X. PIN, « Préface », in *Le principe de nécessité en droit pénal, op. cit.*, p. 8.

tôt, le père de l'économie moderne Adam SMITH considérait l'économie « comme une branche des connaissances du législateur et de l'homme d'Etat »[22], soulignant ainsi les liens unissant ces deux univers. Aussi, il est indéniable que le droit peut être au service de l'économie pour édicter des règles, des normes impératives en vue d'atteindre tel ou tel résultat. En ce sens, les économistes affirment que l'économie et le droit sont indissociables et que le droit influence les choix économiques[23]. Ce dernier possède une forte influence sur l'économie car il a le pouvoir d'édicter les comportements autorisés ou non, de façon à pouvoir guider les choix des acteurs économiques. Dès lors, fort de son rôle dans le monde économique, le législateur a eu le souhait de ne plus cantonner son intervention au seul droit pris de manière générale, mais de façon plus spécifique, de recourir au droit pénal. Le droit pénal, en tant que forme la plus dure du droit, notamment en raison des peines qu'il propose, est à même d'influencer les choix économiques de chacun en interdisant les comportements malvenus. Cette intervention du droit pénal dans la vie économique donnera naissance à une branche particulière du savoir juridique : le droit pénal des affaires. La matière du droit pénal des affaires constituant notre champ d'étude, il est opportun dès à présent d'en délimiter les contours et d'en expliciter les caractères.

12. La définition doctrinale du droit pénal des affaires. Alors qu'il est difficile de s'en tenir à une définition de la nécessité, il est tout aussi malaisé d'avoir une vision uniforme de ce que recouvre le droit pénal des affaires, matière considérée comme une « chimère » par M. le Professeur Frédéric STASIAK[24], c'est-à-dire comme composée de parties disparates sans réelle homogénéité. Comme le soulignent des auteurs, « son périmètre varie souvent d'un auteur à l'autre, sans que l'on puisse jeter l'anathème sur une conception au profit de la béatification d'une autre »[25]. Aussi, on considère que le droit pénal des affaires regroupe des infractions de droit commun comme le vol, l'escroquerie ou l'abus de confiance mais également des infractions qui proviennent du droit commercial, du droit fiscal, du droit économique, boursier ou financier. Cependant, une partie de la doctrine n'hésite pas à faire référence au droit

---

[22] A. SMITH, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, GF-Flammarion, 1991 (rééd. 1776), 2 vol, Livre IV, Introduction.

[23] Ph. COPPENS, « La fonction du droit dans une économie globalisée », *Revue internationale de droit économique*, 2012/3 (t. XXVI), p. 269-294.

[24] F. STASIAK, *Droit pénal des affaires*, LGDJ, coll. « Manuel », 2e éd., 2009, p. 1.

[25] A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON, R. SALOMON, *Droit pénal des affaires*, LexisNexis, coll. Manuel, 4e éd., 2015, n°8 p. 2.

pénal du travail[26], de la consommation ou comptable[27] lorsqu'il s'agit de tracer les frontières de la matière. On peut dès lors tenter de résumer ces solutions en affirmant que le droit pénal des affaires regroupe des infractions « non violentes dirigées contre les biens et non contre les personnes »[28]. Outre ces difficultés tenant à la substance du droit pénal des affaires, la doctrine se divise également sur le terrain de la terminologie, certains faisant tantôt référence au droit pénal économique, au droit pénal financier, au droit pénal commercial ou au droit pénal des affaires[29] et même au terme de droit pénal social économique lors du 6e Congrès international de Droit pénal à Rome en 1953. Pour des auteurs comme les Professeurs MERLE et VITU, il faut distinguer selon que l'on se place sur le terrain d'une économie libérale ou d'une d'économie dirigiste afin de comprendre ce à quoi correspond le droit pénal des affaires. Respectivement, le droit pénal économique regroupe « l'ensemble des règles du droit pénal qui tendent à assurer, sous la menace de sanctions répressives, le libre jeu des structures économiques capitalistes et la protection des individus dans la conclusion et l'exécution des rapports économiques qu'ils nouent librement entre eux »[30] ou se définit comme « l'ensemble des dispositions du droit criminel destinées à sanctionner les textes qui, dans le cadre de la politique d'ensemble de l'Etat, réglementent la production, la distribution et la consommation des biens, l'utilisation des services, enfin les moyens assurant l'échange et l'emploi de ces biens ou services »[31]. Malgré une volonté d'exhaustivité, on ne peut se satisfaire d'une telle définition bien trop complexe qui au surplus exclut les infractions de droit commun et une partie du droit fiscal. Il faut dès lors se ranger derrière Monsieur le Professeur Wilfrid JEANDIDIER pour qui le concept d'infraction d'affaires est doctrinal et donc variable[32]. Aussi, nos développements n'ont pas vocation à trouver la bonne définition doctrinale du droit pénal des affaires mais de cerner notre domaine d'étude. Alors que la doctrine ne nous offre pas une définition unanimement établie, la jurisprudence a tenté elle aussi d'y apporter une réponse.

---

[26] G. GIUDICELLI-DELAGE, *Droit pénal des affaires*, Dalloz, coll. « Mémentos », 6e éd., 2006, p. 13.

[27] M. VERON, *Droit pénal des affaires*, Dalloz, coll. « Cours », 11e éd., 2016.

[28] Y. GUYON, « De l'inefficacité du droit pénal des affaires », *Pouvoirs*, 1990, vol. 55, p. 43.

[29] R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, T. 3, *Droit pénal spécial*, Cujas, 1982, n° 735, p. 589.

[30] R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, T. 3, *op. cit.*, n° 737, p. 591.

[31] *Ibid.*

[32] W. JEANDIDIER, « *Présentation critique des sanctions de quelques infractions d'affaires* », in *Mélanges en l'honneur de Jean STOUFFLET*, Presses universitaires de la faculté de droit de Clermont, 2001, n° 2, p. 135.

13. La définition jurisprudentielle du droit pénal des affaires. Si les définitions proposées par la doctrine sont fort nombreuses, les juridictions sont moins prolifiques à ce sujet, la Cour de cassation s'étant peu prononcée sur ce point, notamment dans un arrêt du 1er août 1949 en chambres réunies où était débattue la notion d'infraction économique[33]. En l'espèce, une personne était poursuivie pour infraction à la législation sur les changes et l'or. Néanmoins, l'article 10 de la loi du 16 août 1947 prévoyait une amnistie pour les délinquants qui justifiaient de la qualité d'ancien combattant de la Première Guerre mondiale et d'une blesse au front pour tous les délits commis antérieurement à la date de promulgation de ladite loi. Cependant, le bénéfice de l'amnistie était exclu pour les auteurs d'infractions à la législation économique. Dès lors, il était indispensable pour la Cour de cassation de donner une définition de l'infraction économique, celle-ci n'étant pas précisée dans la loi. Pour la Haute juridiction, il s'agit « de manière générale, de toutes [les infractions] qui se rapportent notamment à la production, la répartition, la circulation et la consommation des denrées et marchandises, ainsi qu'aux moyens d'échange consistant particulièrement dans la monnaie sous ses différentes formes (devises et espèces monnayées) ». En outre, les juges ajoutent une autre condition qui se cumule à la première : « que lesdites infractions portent une atteinte directe à l'économie de l'État ». Malgré l'effort fourni pour parvenir à une définition exhaustive et précise, la position de la Cour de cassation est critiquable à plusieurs égards. Tout d'abord, on peut regretter une rédaction un peu hasardeuse qu'illustre l'utilisation des termes « de manière générale » et « notamment ». A en croire les juges, leur définition n'est pas exhaustive si bien que les infractions économiques peuvent prendre d'autres formes et concerner d'autres domaines. Ensuite, et dans le prolongement de ce qui précède, la définition proposée par la Cour de cassation omet de nombreux pans de la matière en se focalisant sur la production, la répartition et la circulation des marchandises ainsi que sur la monnaie. Enfin, la condition de préjudice porté à l'économie de l'Etat est bien trop restrictive pour prendre en compte toutes les réalités de la matière puisque certaines infractions d'affaires ne portent qu'une atteinte à la victime privée. Pas plus que les définitions proposées par la doctrine, celle de la Cour de cassation ne pourra délimiter elle-seule notre champ d'étude. Néanmoins, il conviendra de s'en inspirer, tout comme de celles ayant une approche subjective du droit pénal des affaires.

[33] Ch. réunies, 1er août 1949, *JCP* 1949, II, 5033, note M. LEROY.

14. Criminalité financière et droit pénal des affaires, approche subjective de la matière. Plutôt que de s'intéresser à une définition objective de la matière, c'est-à-dire centrée sur les infractions qui la composent, certains auteurs ont pu tenter, de façon originale[34], de cerner le droit pénal des affaires par le biais d'une approche subjective qui s'intéresse aux auteurs des comportements prohibés. Plus précisément, cette approche correspond à l'étude des membres de la criminalité financière en tant qu'acteurs et auteurs des infractions et s'appuie sur des disciplines auxiliaires du droit telles que la criminalistique ou la sociologie. C'est en 1939 que l'on note la première utilisation du terme *white collar crime* par le sociologue et criminologue américain Edwin SUTHERLAND, opérant une distinction entre, d'une part, la criminalité en col blanc, en référence à ceux portés par les professions intellectuelles et, d'autre part, la délinquance en col bleu par renvoi à la classe ouvrière. Cette délinquance en col blanc se définit par « la violation de la loi par une personne respectable de haut niveau socio-économique agissant dans le cadre de son activité professionnelle »[35]. Il est intéressant de noter que cette définition subjective de la matière possède de nombreux points communs avec les définitions davantage objectives vues précédemment. Au-delà de cette formule simplifiée, les auteurs s'entendent pour affirmer que la criminalité financière présente certaines caractéristiques déterminantes dans le dessein de cerner au mieux le droit pénal des affaires. En ce sens, Monsieur le Professeur Jean PRADEL relève trois critères pour définir la criminalité financière[36]. Tout d'abord, celle-ci est subtile et technique, elle est l'œuvre de professionnels particulièrement qualifiés dans leurs domaines. On note l'intervention de plus en plus systématique de professionnels de la finance ou du droit dans les montages délictueux complexes mais également une éducation de plus en plus élevée des délinquants eux-mêmes[37]. Deuxièmement, la délinquance d'affaires est clandestine, les auteurs usant de tous les moyens possibles pour masquer leurs agissements et dissimuler les infractions. On pourrait arguer que cette caractéristique se retrouve dans toute forme de délinquance, l'auteur ayant toujours le souhait de cacher son méfait. Néanmoins, cette clandestinité est particulièrement poussée et recherchée en droit pénal des affaires au point d'être une véritable composante des infractions. Cela se caractérise, entre autres, par l'utilisation de faux, de prête-noms, de sociétés fictives, le

---

[34] Y. GUYON, « De l'inefficacité du droit pénal des affaires », *art. préc.*, p. 42.

[35] J. PRADEL, « La criminalité financière : notions et principales manifestations », *Annales internationales de criminologie*, Vol. 39, 2001, p. 47.

[36] *Ibid.*, p. 50.

[37] E. VERNIER, *Techniques de blanchiment et moyens de lutte*, Dunod, coll. « Fonctions de l'entreprise », 3e éd., 2013, p. 175.

tout dans une internationalisation croissante pour brouiller au mieux les pistes des enquêteurs. Ce caractère occulte des infractions économiques est également à mettre en lien avec l'implication de personnages politiques et de puissants réseaux qui ont les moyens de garder dans l'ombre leurs délits. Enfin, la criminalité financière est multiforme car elle peut s'exercer dans une multitude de domaines (des délits généraux aux infractions fiscales en passant par le droit de la consommation) et peut viser tant des personnes physiques que des personnes publiques. Elle est également multiforme car elle peut revêtir des tailles diverses allant des organisations structurées et organisées produisant de larges profits à des formes de délinquances plus artisanales. Ces critères nous permettent de cerner les auteurs des infractions présentées plus haut et cette vision subjective de la matière doit être impérativement mise en relation avec une approche objective afin d'offrir une vue d'ensemble du droit pénal des affaires et de participer à sa définition. Néanmoins, même si l'on s'inspire ces deux positions, il nous semble opportun de proposer notre propre définition du droit pénal des affaires, celle-là même qui guidera notre étude.

15. Proposition de définition. Même si, à la lecture de ce qui précède, l'on parvient à se faire une idée de ce que recoupe le droit pénal des affaires, force est de constater que la lisibilité n'est pas optimale. Il n'est pas exagéré d'affirmer que chaque auteur, chaque manuel, semble avoir sa définition du droit pénal des affaires et notre thèse n'échappera pas à la règle. Il ne s'agit pas là de vouloir rajouter une énième définition à la longue liste existante mais de fixer avec clarté le champ de nos recherches. Le principal reproche à émettre à l'encontre des définitions proposées a trait à leur étroitesse, à l'exclusion qu'elles opèrent vis-à-vis de certains comportements. L'autre écueil à relever concerne leur difficulté de compréhension voire leur manque de lisibilité qui s'illustre notamment par une énumération des infractions ou des domaines concernés. Aussi, nous tenterons de proposer notre définition du droit pénal des affaires, tel qu'il sera entendu tout au long de nos recherches. Avant tout, il convient de préciser que nous n'entrerons pas dans un débat terminologique et considérerons les termes « droit pénal des affaires » ou « droit pénal économique » comme faisant référence à une réalité commune. Alors que les différentes définitions visent à délimiter le droit pénal des affaires en fonction de son domaine d'application, des valeurs sociales qu'il vise à protéger ou des infractions qu'il concerne, il nous semble opportun de ne retenir qu'un seul et unique critère. Il ressort de toutes les définitions proposées l'existence d'un dénominateur commun : le profit. Dès lors, nous nous proposons de définir le droit pénal des affaires comme l'ensemble des règles du droit criminel qui concernent les infractions qui tendent par nature, directement ou indirectement, à

l'obtention d'un certain profit. Quelques remarques s'imposent quant à cette définition. Tout d'abord, le terme de profit doit être entendu comme un gain, un avantage d'ordre économique, financier. Cette notion sera par ailleurs un élément central de nos recherches, notamment en relation avec les travaux de BECCARIA ou de BENTHAM. Ensuite, nous usons volontairement du terme « droit criminel » et non droit pénal pour marquer notre attachement à l'ensemble des dispositions pénales, qu'elles soient de fond ou de forme. Le mérite de cette définition est de proposer un champ d'application assez vaste pour y englober, entre autres, les infractions de droit commun, fiscales, boursières, en matière de concurrence, de droit des sociétés ou de consommation mais d'y exclure, par exemple, un homicide réalisé au sein d'une entreprise. Notre champ d'étude délimité et notre définition du droit pénal des affaires proposée, il convient dès à présent de s'attarder sur l'évolution de cette branche du droit si particulière.

16. L'essor du droit pénal des affaires. Le droit pénal des affaires a connu une longue évolution législative qu'il convient de présenter. Tout d'abord, il n'existait pas à proprement parler de droit pénal des affaires sous l'Ancien Régime, mis à part les infractions de droit commun comme le vol. Tout au plus peut-on souligner la présence à la sortie de la Révolution d'une loi dite « loi du maximum » du 4 mai 1793 visant à contrôler le prix des denrées alimentaires. Par la suite, le droit pénal des affaires a connu une évolution assez lente, le législateur prenant conscience de l'inadaptation des infractions classiques pour réprimer des comportements de plus en plus spécifiques[38]. En ce sens, le Code pénal de 1810, outre les délits de droit commun, réprimait différents comportements d'ordre économique comme l'action illicite sur le marché[39], la banqueroute[40], le faux monnayage[41], ou encore l'altération des prix[42]. Néanmoins, c'est surtout avec l'apparition du libéralisme et de la révolution industrielle que le droit pénal des affaires s'est fortement développé. Par exemple, la loi du 17 juillet 1865 est venue incriminer la distribution de dividendes fictifs au sein des sociétés en commandite par actions[43]. Plus tard, des lois spéciales ont eu le souhait de réprimer spécifiquement les comportements commis au sein de certaines sociétés comme la loi du 24 juillet 1867 sur les

[38] Y. GUYON, « De l'inefficacité du droit pénal des affaires », *art. préc.*, p. 42.

[39] Anc. C. pén., art. 149.

[40] Anc. C. pén., art. 402 à 404.

[41] Anc. C. pén., art. 132 et s.

[42] Anc. C. pén., art. 419 à 420.

[43] Y. CHAPUT, « La pénalisation du droit des affaires : vrai constat et fausses rumeurs », *Pouvoirs* 2009/1, p. 95.

sociétés par actions ou la loi du 7 mars 1925 sur les sociétés à responsabilité limitée. Notons que le futur droit de la consommation n'était pas en reste puisqu'une loi du 1er août 1905 est venue réprimer les fraudes dans les ventes et les lois du 5 juillets 1844, du 23 juillet 1857 et du 14 juillet 1909 ont progressivement pénalisé les contrefaçons. Au sortir de la Première Guerre mondiale, le développement du système boursier et financier a progressivement engendré un dérèglement de l'économique débouchant sur le krach boursier de 1929 et les nombreux scandales politico-financier l'accompagnant comme les affaires Oustric et Stavisky[44] ou encore les résurgences du scandale du canal de Panama. Dans ces conditions, le droit pénal des affaires s'est vu confier une nouvelle fonction, celle de protection du système économique. Aussi, on trouve à cette période une succession de lois qui concernèrent spécialement des domaines de l'économie pour les protéger de formes dangereuses de concurrence. Ainsi il fut votée une loi sur le marché du blé (15 août 1936), sur le marché du vin (loi du 24 décembre 1934), sur le marché de la viande (loi du 16 avril 1935) ou encore le marché de la chaussure (loi du 22 mars 1936). Durant cette même époque, différents textes sont venus protéger la monnaie (loi du 18 août 1936), les exportations d'or (loi du 1er octobre 1936) ou la hausse des prix (loi du 19 août 1936). Surtout, retenons le décret-loi du 8 août 1935 qui a créé trois délits spécifiques en matière de société avec la présentation ou la publication d'un bilan inexact et surtout l'abus de biens sociaux. Cette prolifération législative fut perpétuée pendant la période de guerre où le contrôle de l'économie était une question centrale de la politique. En raison notamment des pénuries et des contraintes alimentaires, de nombreuses lois ont eu pour objet de réglementer fortement les prix comme la loi du 21 octobre 1940 portant Code des prix ou la loi du 29 juillet 1943 portant sur la répartition des produits industriels. Au sortir de la guerre, il est possible de citer les ordonnances n° 45-1483 et n° 45-1484 du 30 juin 1945 relatives respectivement à la réglementation sur les prix et à la procédure applicable aux infractions à la législation économique. On le voit, le droit pénal des affaires a connu depuis la fin du XIXe siècle une importante phase de développement, jusqu'à concerner la quasi-totalité des secteurs de l'économie. Cependant, ce dernier devait encore s'alourdir davantage avec la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 dont un titre entier sur les dispositions pénales, aujourd'hui intégrée au sein du Code de commerce et qui comportait plus de quatre-vingt-dix incriminations. Cette prolifération législative du droit pénal des affaires fut à l'origine d'une remise en question de la matière. Jugé trop pesant, freinant l'initiative et la liberté du commerce, le droit pénal des

[44] F. STASIAK, « La réception et la cohérence des considérations économiques relatives à l'abus de biens sociaux », in *Analyse économique du droit : quelques points d'accroche, LPA*, 19 mai 2005, p. 37.

affaires n'était plus considéré comme l'arme juridique la plus satisfaisante. Dès lors, à la phase d'expansion suivit une phase de retrait du droit pénal dans l'économie.

17. Les critiques apportées au droit pénal des affaires et la dépénalisation. Bien souvent, la pénalisation excessive de l'économie a été présentée comme contreproductive en ce qu'elle est une limite à la liberté d'entreprendre et à l'exportation. Il fut même reproché au droit pénal des affaires de désavantager les industriels français par rapport aux étrangers. Dans ces conditions, de nombreuses voix se sont élevées pour dénoncer la présence du droit pénal dans le monde des affaires et appeler à sa suppression. Ce mouvement trouve des origines anciennes puisque dès 1934, par exemple, aux Etats-Unis, le contentieux boursier a été dépénalisé et dévolu à la SEC (*Security Exchange Commission*). En France, dès les années 1950, Messieurs les Professeurs RIPERT et ROBLOT regrettaient que « le droit des sociétés par actions a[vait] pris l'aspect fâcheux d'un droit répressif »[45]. Ces critiques ont été entendues par les pouvoirs publics, lesquels ont eu le souhait de mettre en place des commissions ayant pour objectif de présenter les lignes de dépénalisation. Ainsi, un rapport fut publié par le sénateur Philippe MARINI tendant à dépénaliser le droit des sociétés[46]. A sa suite, en 2007, une commission fut placée sous la direction du magistrat Jean-Marie COULON pour émettre un rapport sur une dépénalisation globale du droit pénal des affaires[47]. Succinctement, ce rapport a énoncé trois orientations pour revoir l'intervention pénale dans la vie économique. Tout d'abord, les auteurs ont souhaité modifier les modes de régulation applicables à l'activité, au contrôle et à la structure des entreprises. Ensuite, les auteurs appellent à la mise en place « d'un appareil cohérent et adapté de régulation, performant et moderne » tout en respectant les exigences posées en matière de droits fondamentaux. Enfin, les réponses répressives étant jugées excessives, il convient de les moderniser en « clarifiant l'accès à la justice pénale et en renforçant l'attractivité de la justice civile ». En ce début du XXI^{e}, le droit pénal des affaires reste fortement critiqué même si depuis quelques années, on peut noter des retours à la pénalisation notamment la loi du 6 décembre 2013 faisant suite à l'affaire Cahuzac ou la loi du 9 décembre 2016 sur la corruption. Même s'il en constitue une branche spéciale, le droit pénal

---

[45] G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, LGDJ, 5^{e} éd., 1963, p. 476.

[46] Ph. MARINI, *La modernisation du droit des sociétés*, La Documentation française, collection « Rapports officiels », 1996.

[47] *La dépénalisation de la vie des affaires*, dir. J-M. COULON, La Documentation française, coll. « Rapports officiels », janv. 2008.

des affaires n'en reste pas moins un véritable droit pénal qui peut porter une atteinte certaine aux libertés fondamentales et reste donc soumis à plusieurs principes qui tendent à limiter ses conséquences négatives.

18. La soumission du droit pénal des affaires aux principes fondamentaux. En tant que branche la plus dure du droit, le droit pénal risque de porter indéniablement atteinte aux libertés individuelles et aux droits fondamentaux. En ce sens, un auteur a pu affirmer que « le droit pénal contient et retient les plus graves menaces que l'Etat puisse faire peser sur les libertés individuelles »[48]. Aussi, pour éviter un empiètement trop important sur les droits de chacun, un nombre important de garanties a été posé pour protéger le justiciable. Au titre de ces garanties, il est possible d'en relever plusieurs qui partagent les mêmes origines avec le principe de nécessité, ces dernières ayant été pour la plupart inspirées par la philosophie des Lumières. Ainsi, le droit pénal doit concilier son action avec le principe de légalité, présent également à l'article 8 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 mais également avec le principe de présomption d'innocence édicté à l'article 9. Dès lors, le droit pénal, même appliqué aux affaires, ne peut se libérer des principes fondamentaux de la matière pénale comme le principe de légalité ou de nécessité[49], lequel « permet de cantonner l'intervention de la loi pénale et d'éviter qu'elle étouffe les autres principes fondamentaux »[50]. Pourtant, la soumission du droit pénal à de tels principes n'allait pas de soi. Ainsi, des auteurs comme CARRE DE MALBERG ou ESMEIN considéraient la Déclaration de 1789 comme une simple déclaration de principes, insusceptible d'être invoquée par le justiciable et appliquée par les tribunaux[51]. Contrairement à cette branche de la doctrine, s'est vu progressivement développé ce que l'on appelle le mouvement de « constitutionnalisation du droit pénal »[52], lequel est incontestablement la source de la soumission du droit pénal au principe de nécessité. Rappelons qu'à l'origine, une constitution est un texte d'ordre politique qui a vocation à régir les pouvoirs publics et à partager des compétences entre les pouvoirs. Cependant, sous l'impulsion du Conseil constitutionnel est née la notion de bloc de constitutionnalité qui a étendu le champ des

---

[48] J.-H. ROBERT, « La punition selon le Conseil constitutionnel », *C.C.C.*, n°26, août 2009.

[49] A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON, R. SALOMON, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°13 p. 4.

[50] B. DE LAMY, « Le principe de la légalité criminelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *C.C.C.*, 2009, n° 26.

[51] J. MORANGE, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2002, p. 100.

[52] L. PHILIPP, « La constitutionnalisation du droit pénal », *RSC* 1985, p. 711.

normes de valeur constitutionnelle. Dans sa célèbre décision Liberté d'association du 16 juillet 1971[53], le Conseil constitutionnel a intégré au bloc de constitutionnalité la Constitution de 1958, les principes économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps contenus dans le Préambule de la Constitution de 1946, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République auxquels ce Préambule fait référence, la Charte de l'environnement mais également et surtout la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Ainsi, depuis cette décision, le principe de nécessité dispose expressément d'une valeur constitutionnelle et donc, supra législative[54], ce qui permet à un auteur d'affirmer que la Déclaration de 1789 correspond au « noyau dur du bloc de constitutionnalité »[55]. La conséquence principale de cette position des Sages est de permettre le Conseil constitutionnel de contrôler les lois au regard des principes contenus dans la Déclaration de 1789 et notamment au regard du principe de nécessité. Le droit pénal en ce qu'il peut attenter aux libertés fondamentales est donc aujourd'hui fortement marqué par le droit constitutionnel[56]. Dès lors, le principe de nécessité a vocation à s'appliquer à l'ensemble du droit pénal qui lui est inférieur selon la hiérarchie des normes, mais également à d'autres matières qui ne sont pas *stricto sensu* du droit pénal.

19. Droit pénal des affaires et matière pénale. Avec la dépénalisation, de nombreux contentieux relevant à l'origine du juge pénal ont été transférés à des autorités de régulation à caractère administratif, chargées de sanctionner les comportements prohibés. Ces procédures, souvent très lourdes et très contraignantes, aboutissent à des sanctions parfois plus dures que celles que prononçait le juge répressif sur le plan pécuniaire même si la peine privative de liberté reste l'apanage du juge pénal. Dans ces conditions, s'est posée la question de l'application des principes fondamentaux du droit pénal à cette nouvelle forme de répression, fortement présente en matière économique. Le justiciable pouvait se retrouver dans une situation plus contraignante que devant le juge pénal, sans bénéficier des garanties de la matière et notamment le principe de nécessité. Dans un premier temps, c'est devant la Cour européenne des droits de l'homme que s'est développée la notion de « matière pénale », correspondant à la répression administrative mais dont les conséquences peuvent être similaires à celles du droit

[53] Cons. const., 16 juill. 1971, n° 71-44 DC.

[54] J-F. SEUVIC, « Force ou faiblesse de la constitutionnalisation du droit pénal », colloque organisé le 16 mars 2006 par la Cour de cassation (cycle Procédure pénale 2006 – 3ème conférence).

[55] M. GANZIN, « La déclaration des droits de l'homme et du citoyen : droit naturel et droit positif », in *Les principes de 1789*, PUAM, 1989, p. 111.

[56] J.-H. ROBERT, « La punition selon le Conseil constitutionnel », *art. préc.*

pénal pour le justiciables. A l'occasion de nombreuses décisions, la Cour a eu l'occasion de poser les jalons de sa notion de matière pénale afin de faire bénéficier le mis en cause des garanties essentielles entourant le procès pénal[57]. Par la suite, cette notion fut complétée par le Conseil constitutionnel dans une décision du 30 décembre 1987 au cours de laquelle il a développé la notion de sanction ayant le caractère d'une punition[58]. Ces sanctions, bien que prononcées par des autorités non pénales, se devaient de respecter les principes fondamentaux entourant habituellement les peines. Ainsi, pour les Sages, le principe de nécessité a vocation à s'appliquer non seulement au droit pénal *strico sensu* mais également aux sanctions dans les cas où « le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire »[59]. Dès lors, les autorités administratives indépendantes agissant en matière économique sont soumises au principe de nécessité même s'il ne s'agit pas à proprement parler de droit pénal. Notre étude se penchera donc sur cet aspect du principe de nécessité dans la mesure où les procédures suivies devant les autorités de régulation font partie intégrante du droit pénal des affaires. Cet aspect universel du principe de nécessité, qui a vocation à innerver tous les compartiments de la répression, illustre parfaitement le rôle central de celui-ci dans le droit pénal économique.

20. Le rôle primordial du principe de nécessité en droit pénal des affaires. S'interroger sur le rôle du principe de nécessité dans l'intervention pénale en matière économique est fondamental à plusieurs titres. Tout d'abord, il est intéressant de se demander si le droit pénal est nécessaire dans ce domaine, si la norme répressive est un besoin impérieux auquel on ne peut échapper. Dès lors, l'intérêt est ici de s'attarder sur ce qui d'ordinaire ne se discute pas et de remettre en cause l'intervention pénale en matière économique et financière. En outre, ces questions nous mèneront à nous interroger sur les raisons profondes du recours à la forme la plus dure du droit en ce domaine et à pouvoir formuler des recommandations de nature à parfaire la politique criminelle. Notre thèse aura également pour objectif de porter un regard nouveau et original sur un principe ancien et son implication dans une matière en perpétuelle évolution qu'est l'économie. Aussi, nous aurons le souhait de mettre en avant un principe fondamental de la politique pénale qui doit servir de guide au législateur dans

[57] J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, coll. « Manuel », 5e éd., 2013, n° 375, p. 337.

[58] Cons. const., 30 déc. 1987, n° 87-237 DC.

[59] Cons. const., 30 déc. 1987, *déc. préc.*, 15e consid.

l'élaboration de la loi répressive en établissant « un équilibre entre deux impératifs, celui de la nécessaire protection de la société et celui de la sauvegarde des intérêts individuels du délinquant »[60]. De plus, comme a pu l'affirmer un auteur, « au rang des piliers de l'ordre pénal républicain, le principe de nécessité demeure de loin le plus méconnu »[61], ce qui justifie encore davantage que nous ayons le souhait d'éclairer au mieux les questions entourant le sujet. Il sera dès lors important que notre étude s'attache à faire la lumière sur ce principe fondamental en explicitant au mieux le rôle qu'il est amené à jouer au sein du droit pénal des affaires.

21. Annonce du plan. Afin de cerner au mieux le principe de nécessité en droit pénal des affaires, il conviendra d'effectuer une étude en deux temps s'articulant autour du caractère bicéphale du principe comme développé précédemment. Notre première partie sera consacrée à l'analyse du principe de nécessité en tant que frein à l'intervention du droit pénal dans la vie économique. Cette acception classique du principe de nécessité nous permettra d'étudier son aspect modérateur en tant qu'obligation à la charge des pouvoirs publics ainsi que le contrôle qui en est fait. La seconde partie de nos travaux aura trait au principe de nécessité en tant que moteur à l'intervention pénale dans le monde des affaires puisque lorsqu'il le faut, le recours au droit pénal s'impose. Plus précisément, nous étudierons les raisons qui tendent à rendre le droit pénal nécessaire en économie tant du point de vue substantiel que formel.

Ainsi, il conviendra de nous pencher dans une première partie sur :

- Le principe de nécessité, frein à l'intervention du droit pénal dans la vie économique,

pour étudier dans une seconde partie,

- Le principe de nécessité, moteur de l'intervention du droit pénal dans la vie économique.

---

[60] P. KOLB et L.LETURMY, *Droit pénal général*, Gualino, 2e éd., 2008, coll. « Mémentos LMD », n° 337, p. 393.

[61] V. SIZAIRE, « Mort et résurrection du principe de nécessité pénale : A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 10 février 2017 », *La Revue des droits de l'homme*, mars 2017.

PREMIERE PARTIE

LE PRINCIPE DE NECESSITE, FREIN A L'INTERVENTION DU DROIT PENAL DANS LA VIE ECONOMIQUE

22. Le principe de nécessité, modérateur de l'intervention pénale. Communément pris dans sa globalité en tant que « principe de nécessité des délits et des peines », notamment par le Conseil constitutionnel[62], le principe de nécessité révèle en réalité deux faces parfaitement distinctes. Il est vrai que l'incrimination et la peine sont étroitement associées, l'une ne trouvant sa raison d'être que dans l'existence de l'autre. Mais il serait inopportun, voire contraire à l'idée originelle qui en était faite, d'appréhender le principe de nécessité de façon moniste. Lors de son insertion en tant que principe fondamental dans la Déclaration de 1789, les rédacteurs ont eu le souhait de distinguer d'une part entre le principe de nécessité des incriminations et d'autre part le principe de nécessité des peines en leur réservant un siège textuel propre à chacun. Malgré cette distinction, ces deux principes entretiennent un point commun, leur fonction, qui consiste à limiter l'action du législateur dans le domaine pénal. De ce point de vue, le principe de nécessité doit être appréhendé comme un filtre, un filet aux mailles resserrées ne devant laisser passer que les normes pénales strictement et évidemment nécessaires.

Le principe de nécessité des incriminations, qui fait l'objet de bien peu d'attention de la part tant de la doctrine que de la jurisprudence, était pourtant perçu à l'origine comme un des principes les plus importants par les révolutionnaires. Présent à l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le principe de nécessité des incriminations s'attache à restreindre l'action législative au strict nécessaire et tend à préserver les libertés individuelles

[62] Cons. const. 18 mars 2015, n° 2014-453/454 DC, 16e consid. et s.

garanties à chacun[63]. Le but qui lui était donné éclaire donc sur l'importance et la place prééminente initialement dévolue au principe de nécessité des incriminations (Titre 1), ce que nous chercherons à rétablir dans l'intérêt d'une intervention plus juste du droit pénal dans la vie économique. Etroitement attaché à ce principe de nécessité des incriminations, le principe de nécessité des peines est davantage mis en lumière par le droit contemporain. Dans un souci didactique, ce principe sera lui-même appréhendé comme une composante d'un ensemble plus général qu'est le principe de nécessité de la répression (Titre 2), lequel comprend le principe de nécessité des peines issu de l'article 8 de la Déclaration de 1789 mais également celui issu de l'article 9 concernant les mesures d'ordre procédural. Ainsi, il conviendra de se pencher sur ce principe de nécessité de la répression, suite logique du principe de nécessité des incriminations.

[63] M. DELMAS-MARTY, « Pour des principes directeurs de législation pénale », *RSC* 1985, p. 225-229.

TITRE 1

LE PRINCIPE DE NECESSITE DES INCRIMINATIONS EN DROIT PENAL DES AFFAIRES

23. Un principe fondamental de la politique législative en matière pénale. Le principe de nécessité des incriminations est issu de l'article 5 de la Déclaration de 1789, lequel précise que « la Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société ». Aux termes de cet article, il en résulte que le législateur ne peut intervenir en matière pénale pour édicter des incriminations que lorsque cela s'avère strictement et évidemment nécessaire. En tant qu'obligation s'imposant au législateur, le principe de nécessité avait dès l'origine une valeur supra-législative auquel les parlementaires ne pouvaient déroger. Mais cette valeur supra-législative était perçue différemment au XVIII[e] siècle qu'elle ne l'est aujourd'hui et ne s'apparentait aucunement à la notion contemporaine de hiérarchie des normes[64]. Le principe de nécessité était vu comme un impératif naturel pesant sur le législateur, d'origine quasi-divine et s'imposant par lui-même. Il n'était dès lors pas question de recourir à une application forcée du principe, la loi présentant une présomption de nécessité et de perfection, l'œuvre du législateur ne pouvant être remise en question. L'étroitesse du lien unissant le principe de nécessité et le créateur de normes doit également être mise en parallèle avec l'importance du principe de légalité en la matière. Tous deux issus de la philosophie des Lumières et repris au sein de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen[65], les principes de légalité et de nécessité entretiennent entre eux des liens particulièrement forts. L'application du principe de

[64] P. PUIG, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *RTD civ.* 2001, p. 749.

[65] B. BOULOC, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 104, p. 101.

nécessité s'inscrit donc dans ce contexte législatif et textuel, commandant la qualification d'un comportement en infraction pénale.

Naturellement, le principe de nécessité des incriminations a pour dessein de dicter l'action parlementaire, ce qui, évidemment, concerne en particulier l'existence de l'incrimination, notamment au moment de son élaboration mais aussi lorsque la question de sa disparition se pose. Ainsi, il doit guider la procédure législative dès son commencement, notamment lors du choix du comportement à incriminer. L'existence de l'incrimination en matière économique (Chapitre 1) apparaît en conséquence fonction du principe de nécessité. Au moment de l'insertion du principe de nécessité en droit positif, un quelconque contrôle de l'action législative paraissait impensable tant la loi était érigée en émanation parfaite de la volonté générale. Aux yeux des constituants, le législateur, représentant de la nation, ne pouvait pas commettre d'erreur, notamment en ce qui concerne la nécessité des incriminations qu'il édictait. Il était donc inutile d'envisager un contrôle du respect du principe de nécessité. Cependant, l'aura du Parlement et la présomption de perfection de la norme ont été continuellement ébranlées depuis 1789, ce qui justifie qu'un contrôle puisse aujourd'hui porter sur l'application du principe de nécessité en droit pénal des affaires (Chapitre 2).

CHAPITRE 1

LE PRINCIPE DE NECESSITE ET L'EXISTENCE DE L'INCRIMINATION

24. Un principe s'attachant de façon pérenne à la norme. Le droit étant une matière évolutive, la norme et notamment l'incrimination, ont vocation à évoluer. Malgré ce caractère évolutif et mouvant, le principe de nécessité a pour mission à s'appliquer continuellement à la norme. Ainsi, tel qu'initialement affirmé en 1789, le principe de nécessité des incriminations a pour but de guider le législateur dans le choix des comportements à interdire. Ce dernier doit donc, avant toute promulgation de la loi, définir si l'interdiction est nécessaire ou non. En ce sens, le principe de nécessité est donc un outil de politique criminelle, laquelle est « la sagesse de l'Etat légiférant »[66] selon C. LAZERGES, citant FEUERBACH. Cette sagesse dans la création des normes est étroitement fonction du principe de nécessité en ce qu'il dicte l'existence ou non d'une incrimination, évitant la prolifération légale inutile. A juste titre un auteur affirme que le principe de nécessité signifie « que seule une approche pénale permettrait de résoudre la situation en question »[67], soulignant le lien entre modération législative et principe de nécessité. La philosophie des Lumières établissait déjà un lien fort entre le principe de nécessité et la prolifération des lois. En ce sens, MONTESQUIEU affirmait dans *L'esprit des Lois*, que « les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires ». Ce constat est particulièrement intéressant à l'heure actuelle, notamment en matière économique, où l'on

[66] C. LAZERGES, *La politique criminelle*, PUF, 1987, p. 6.

[67] L. DE GRAEVE, *Essai sur le concept de droit de punir en droit interne*, Thèse, Lyon III, 2006, n° 343, p. 241.

assiste à une véritable inflation législative[68], le législateur intervenant à chaque fait divers ou scandale politico-financier pour incriminer en masse. Ce phénomène, fort critiqué par la doctrine[69], est le résultat de la faiblesse actuelle du principe de nécessité des incriminations. Or, ce principe doit être le maître mot de toute activité de création de la norme dans l'intérêt d'un droit clair, accessible et efficient. Outre son rôle lors de l'élaboration de la loi, le principe de nécessité des incriminations suit la norme tout au long de son existence. La loi, en tant que reflet de la volonté générale à un instant donné, n'a pas vocation à s'inscrire indéfiniment dans le temps. La norme est sujette aux évolutions de la société du moment, à ses valeurs, à ses aspirations et peut disparaître de l'ordre juridique à la suite de son abrogation. Le principe de nécessité permet, quant à lui, au droit de s'adapter aux changements économiques et sociaux. C'est en cela que le principe de nécessité dicte non seulement l'action du législateur lors de l'élaboration de la norme mais également sa disparition lorsque celle-ci n'apparaît plus nécessaire.

Jouant le rôle de filtre, le principe de nécessité est un garde-fou à l'inflation législative contemporaine dans la vie des affaires. Son rôle ne s'arrête donc pas à la simple question de la nécessité d'incriminer tel comportement au stade de l'élaboration de la loi (Section 1), mais sert également de fondement à la suppression du texte qui n'est plus jugé nécessaire (Section 2).

[68] J.-C. ZARKA, « A propos de l'inflation législative », *D*. 2005, p. 660.

[69] G. CARCASSONNE, « Penser la loi », *Pouvoirs*, 3/2005 (n° 114), p. 39-52 ; M. DELMAS-MARTY, « L'enjeu d'un code pénal, réflexions à propos de l'inflation des lois pénales en France », in *Mélanges offert à Robert LEGROS*, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1985, p. 165-177.

SECTION 1

LE PRINCIPE DE NECESSITE ET LA CREATION DE L'INCRIMINATION

25. Un principe-guide dans la création de la norme pénale. Dès 1789, le principe de nécessité des incriminations, tel qu'énoncé à l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, devait servir de guide au législateur lors de l'édiction en incriminations de comportements qu'il souhaite prohiber. En d'autres termes, le principe de nécessité est conçu comme une « limite au pouvoir d'incriminer »[70] en ce qu'il a pour fonction d'empêcher la promulgation de normes inutiles. Pour Monsieur le Professeur Jean PRADEL, le principe de nécessité signifie « que le droit pénal est l'ultime voie à laquelle le législateur peut recourir quand il ne peut pas faire autrement »[71]. Ainsi, le principe de nécessité peut bloquer la création d'une incrimination dans la mesure où le droit pénal n'est pas utile en la matière. La création de l'incrimination, qui relève traditionnellement de la compétence du législateur, doit dès lors répondre aux critères de la nécessité. Le processus de création de la norme pénale qui consiste à créer une nouvelle infraction doit donc être appuyé par le principe de nécessité. Toutefois, cerner un principe issu du XVIII^{e} siècle n'est pas chose aisée tant les systèmes juridiques ont évolué mais également du fait que la perception actuelle du principe de nécessité ne correspond plus tout à fait à celle des révolutionnaires, inspirée par l'esprit des Lumières (§1). Néanmoins, l'élément primordial du principe de nécessité, le critère qui permet de freiner l'action législative, est facilement identifiable. Il s'agit de poser les limites de l'intervention de la loi

[70] F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, coll. Corpus-Droit privé, 16^{e} éd., 2009, n° 33, p. 14.

[71] J. PRADEL, *Droit pénal général,* Cujas, coll. « Référence », 16^{e} éd., 2006, n° 150, p. 142

pénale et pour cela, le principe de nécessité propose de la restreindre à la seule défense des actions nuisibles à la société (§2).

§1 - LES MUTATIONS DU PRINCIPE DE NECESSITE DES INCRIMINATIONS EN DROIT PENAL DES AFFAIRES

26. Un fil conducteur pour l'action législative. Dans l'esprit des déclarants de 1789, imprégnés des écrits des philosophies des Lumières, le principe de nécessité des incriminations avait été conçu comme une limite à l'action du législateur et au recours systématique au droit pénal. Il s'agissait d'un principe guide supra législatif qui devait dicter l'action du législateur dans la rédaction d'une incrimination. Néanmoins, depuis 1789, ce principe a fortement évolué, au point de présenter un visage différent, notamment en droit pénal des affaires. Le principe de nécessité apparaît dès lors fondamental en tant qu'obligation à la charge de l'organe chargé de créer les normes (A). Pourtant, l'attention portée au principe de nécessité a difficilement traversé le temps depuis les Lumières, ce dernier n'ayant plus le rayonnement qui était initialement le sien. Relégué, voire parfois remplacé par d'autres notions, le principe de nécessité des incriminations est aujourd'hui un principe en souffrance (B).

A - Une dispersion des destinataires du principe de nécessité en matière économique

27. Le législateur, destinataire originel du principe de nécessité. Les termes de l'article 5 de la Déclaration de 1789 apparaissent clairement comme un ordre à destination de « la Loi », c'est-à-dire du législateur. A juste titre, un auteur a pu affirmer que « cette première proposition est supposée énoncée par un organisme *supérieur* du législateur, autrement dit par une sorte d'oracle ou par un Etre Suprême prescrivant des *commandements* à l'adresse du législateur […] »[72]. Il est vrai que la prescription exprimée par le texte définit le principe de

[72] J.-M. NZOUANKEU, « Article 5 », in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, *op. cit.*, p. 117.

nécessité des incriminations comme une « *guideline* »[73] à la charge du créateur de normes, s'adressant au législateur « en tant qu'organe lorsqu'il mentionne la loi »[74]. Imprégné des idées de la légalité criminelle, le principe de nécessité était envisagé à l'origine comme concernant exclusivement le Parlement. Même si certains auteurs ont pu dire que le principe de nécessité était une manifestation du principe de légalité[75], il doit plutôt être regardé comme un corollaire et ne pas emporter de confusion[76]. Dans l'esprit des déclarants de 1789, il aurait été inconcevable qu'une autre autorité que celle représentant le peuple puisse apprécier la nécessité d'une incrimination. Cette vision traditionnelle d'exigence supérieure à la charge du législateur dans le choix des incriminations fut constamment reprise depuis 1789. Ainsi, l'article 34 de la Constitution de 1958 réserve une place prépondérante au législateur dans la création des incriminations puisque la loi fixe les règles concernant « la détermination des crimes et des délits ». Par principe, l'autorité en charge du pouvoir de juger de la nécessité d'une incrimination est donc le Parlement, en accord avec la conception traditionnelle en la matière[77]. Cette conception légaliste se retrouve aisément en matière financière, domaine au sein duquel les infractions prennent souvent la forme de délits, de la seule compétence du législateur. Cependant, depuis de nombreuses années, le droit pénal des affaires a connu une augmentation importante de ses sources, dénaturant par conséquent le champ d'application du principe de nécessité qui n'est plus exclusivement à la charge du législateur.

28. La multiplication des sources internes du droit pénal des affaires. Le droit des affaires connaît une mutation du principe de nécessité, lequel ne concerne aujourd'hui plus exclusivement le législateur et la loi a perdu, dans ce domaine, son importance[78]. Loin de l'idée des déclarants de 1789, les actes du pouvoir exécutif sont devenus de véritables sources d'incrimination en droit pénal des affaires. Plus précisément, ces actes comprennent les décrets

---

[73] R. PARIZOT, « Pour un véritable principe de nécessité des incriminations », in *Mélanges en l'honneur de Christine LAZERGES*, Dalloz, 2014, p. 247.

[74] J.-M. NZOUANKEU, « Article 5 », in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, *op. cit.*, p. 117.

[75] P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Collin, coll. « Collin U », 7e éd., 2004, n° 89, p. 62.

[76] O. CAHN, « Le principe de nécessité en droit pénal – thèse radicale », in *Le principe de nécessité en droit pénal, Actes de la journée d'études radicales du 12 mars 2012*, dir. O. CAHN et K. PARROT, LEJEP, 2014, p. 20.

[77] V. BUCK, « Constitution et limite au pouvoir d'incrimination », *RSC* 2003, p. 616 ; sur le travail parlementaire en matière pénale, voir H. DELESALLE et C. LAZERGES, « Parlement et parlementaires dans l'élaboration de la loi pénale », in *La place du droit pénal dans la société contemporaine*, Dalloz, 2000, p. 145 et s.

[78] R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, T. 3, *op. cit.*, n° 745, p. 596.

et les règlements, tandis que les circulaires sont traditionnellement dépourvues du pouvoir d'incriminer[79]. Même si avant 1958 le pouvoir réglementaire disposait de prérogatives pour incriminer certains comportements[80], c'est à partir de la Constitution de la V^e^ République que ce dernier se verra doté de réels pouvoirs en la matière. C'est ainsi que la Constitution en son article 37 permet au pouvoir exécutif, par le biais de décrets en Conseil d'Etat, de définir les contraventions. Cette prérogative fut reprise à l'article 111-2 du Code pénal qui dispose que « le règlement détermine les contraventions […] ». Alors que le principe de nécessité des incriminations ne paraissait pouvoir être qu'une prescription à l'attention du législateur, l'exécutif se voit aujourd'hui doté de prérogatives lui permettant de juger de l'opportunité d'une contravention. Quand bien même ce pouvoir reste circonscrit aux incriminations les plus faiblement réprimées, les contraventions disposent d'une place importante en droit pénal des affaires, par exemple au sein du Code de commerce, où des décrets sont intervenus pour incriminer certains comportements[81]. Dès lors, il est possible d'affirmer que le principe de nécessité s'impose également au pouvoir exécutif en ce qu'il est créateur d'incriminations. Force est donc de constater que le principe de nécessité a subi de 1789 une profonde mutation, confortée par la multiplication des sources externes du droit pénal.

29. Le cas du pouvoir réglementaire des autorités de régulation. Par nature, les autorités administratives indépendantes échappent à un certain contrôle du pouvoir exécutif et disposent, dans leurs domaines respectifs, de pouvoirs réglementaires[82]. Pour un auteur, les autorités de régulation ont le pouvoir d'édicter des actes de droit souple[83], caractérisant leur fonction normatrice[84]. C'est le cas en matière économique avec des organismes comme l'Autorité des marchés financiers[85], l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes[86] ou la Commission de régulation de l'énergie[87]. Ce pouvoir réglementaire dévolu

---

[79] CA Orléans, 28 févr. 1964, *Gaz. Pal.* 1964. I. 307.

[80] Comme le décret-loi du 8 août 1935 créant l'infraction d'abus de biens sociaux.

[81] Art. R. 310-2 et s. C. com.

[82] B. FAURE, « Le problème du pouvoir réglementaire des autorités administratives secondaires », *C.C.C.*, n° 19, janv. 2006.

[83] T. PEZ, « Les attributions des autorités de régulation économique », *RFDA* 2017, p. 50.

[84] Conseil d'Etat, *Le droit souple*, Rapport public, 2013, La Documentation française, p. 56.

[85] Art. L. 621-6 C. mon. fin.

[86] Art. L. 36-5 et s. C. des postes et des communications électroniques.

[87] Art. L. 314-1 et L. 314-1 C. de l'énergie.

aux autorités de régulation est un véritable pouvoir d'incriminer des comportements dans leur secteur d'activité, et par conséquent de devenir juge de leur nécessité. Ainsi, l'Autorité des marchés financiers dispose d'un Règlement général qui incrimine dans son Livre III les manipulations de marché, dispositions qui permettent des poursuites et des sanctions ayant le caractère d'une punition. Ces dispositions sont certes homologuées par arrêté du ministre de l'économie et des finances, mais le texte émane de l'autorité administrative qui le soumet à approbation. Le choix de l'opportunité est alors directement issu de l'autorité de régulation qui est maître du choix de la nécessité. Il convient de souligner que le Conseil constitutionnel a admis avec réticence cette prérogative normative en rappelant que les dispositions de l'article 21 de la Constitution « ne font pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité autre que le Premier ministre le soin de fixer [...] des normes permettant de mettre en œuvre une loi »[88], tout en précisant que ce pouvoir réglementaire « ne concerne que des mesures de portée limitée tant dans leur champ d'application que par leur contenu »[89].

Il est évident que cette compétence réglementaire des autorités administratives indépendantes remet en cause le lien originel existant entre le principe de nécessité et celui de légalité. Alors que le principe de nécessité s'impose à l'origine au législateur dans l'incrimination, ce sont ici des autorités de régulation qui détiennent ce pouvoir.

30. La multiplication des sources externes du droit pénal des affaires. Il ne fait aucun doute que la souveraineté pénale des Etats est aujourd'hui concurrencée par le droit international et le droit européen[90]. Ainsi, depuis 2009, l'Union européenne dispose d'une compétence pénale importante dont elle use en matière économique et financière. Plus précisément, le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne permet deux compétences distinctes dans le domaine pénal, l'une caractérisée d'autonome et l'autre d'accessoire[91]. Premièrement, en application de l'article 83.1 du traité, l'Union dispose d'un pouvoir d'harmonisation autonome en ce qui concerne la criminalité grave transfrontière dont font partie des infractions comme le blanchiment d'argent, la corruption, la contrefaçon de moyens de paiement et la criminalité organisée. Sur ces points, l'Union européenne peut intervenir pour

[88] Cons. const., 18 sept. 1986, n° 217 DC, 58e consid.

[89] Cons. const., 17 janv. 1989, décision 248 DC, 15e consid.

[90] M. VAN DE KERCHOVE, « Eclatement et recomposition du droit pénal », in *La place du droit pénal dans la société contemporaine*, Dalloz, 2000, p. 8.

[91] E. RUBI-CAVAGNA, « Réflexions sur l'harmonisation des incriminations et des sanctions pénales prévues par le traité de Lisbonne », *RSC* 2009, p. 501.

établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales en vue d'une harmonisation entre les Etats membres. A titre d'exemple, la dernière directive en matière de lutte contre le blanchiment impose aux Etats d'insérer les infractions fiscales dans la catégorie des infractions primaires[92], ce qui démontre le pouvoir d'incrimination de l'Union. Enfin, l'article 83.2 du traité permet à l'Union d'intervenir dans la matière pénale lorsque cela « s'avère indispensable pour assurer la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union dans un domaine ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation »[93]. S'agissant d'une compétence accessoire, celle-ci se rattache fréquemment à la matière économique, notamment en ce qui concerne les marchés financiers. En ce sens, la directive n° 2014/57/UE et le règlement n° 596/2014/UE du 16 avril 2014 sur les abus de marché ont imposé aux Etats membres d'incriminer pénalement les délits boursiers. Dès lors, en ce qu'il est créateur de normes pénales, le législateur européen se doit de respecter le principe de nécessité. Que ce soit à propos de la compétence autonome ou de la compétence accessoire, l'Union européenne est tenue de n'édicter que les incriminations strictement nécessaires[94]. Là encore, le principe de nécessité a subi une mutation, son destinataire n'étant plus exclusivement le législateur national.

Dénaturé par la modification de son destinataire originel, le principe de nécessité des incriminations, qui de l'aveu de la doctrine devrait être un pilier de notre politique criminelle, l'est également par sa mise à l'écart récurrente.

B - Un principe aujourd'hui fortement galvaudé

31. La déconsidération du principe de nécessité des incriminations par le législateur contemporain. Considéré en 1789 comme un principe fondamental de la politique criminelle, ayant vocation à guider le processus d'incrimination afin d'éviter toute inflation pénale, le principe de nécessité connaît aujourd'hui une importante mise à l'écart par le législateur. Comme le souligne un auteur, ce principe « est totalement méconnu par le

---

[92] Direct. 2015/849 du Parlement Européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement n° 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission.

[93] S. MANACORDA, « Retour aux sources ? La place du droit pénal économique dans l'action de l'Union européenne », *RSC* 2015, p. 187.

[94] E. RUBI-CAVAGNA, *L'essentiel du droit pénal de l'Union européenne*, Guliano, coll. « Carrés rouges », 2014, p. 51.

législateur contemporain qui, depuis plus de vingt ans, n'aura eu de cesse d'augmenter le domaine du pénalement répréhensible, en multipliant les infractions »[95]. Ce constat est facilement vérifiable en droit des affaires, matière qui a connu une importante inflation pénale en totale contradiction avec le principe de nécessité des incriminations. Ainsi, le droit pénal des affaires s'est considérablement amplifié et a vu son champ d'application s'étendre progressivement. Sans vouloir établir une liste exhaustive des nombreuses lois qui sont venues constamment incriminer le monde des affaires depuis le début du XX[e] siècle, il est intéressant de s'intéresser à l'inflation pénale qu'a connue le droit des sociétés. Cette matière fut marquée par une importante pénalisation, notamment par la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966, jugée excessive et dont la nécessité était discutable. Cette loi, dont on relève environ deux cent délits, est venue incriminer des comportements qui, à l'évidence, ne devaient pas rentrer dans le champ pénal. Plus précisément, l'inflation pénale a eu pour conséquence d'incriminer des « délits-papier » qui correspondent à de simples fautes de gestion dénuées de gravité et d'intention frauduleuse. En ce sens, certains auteurs ont pu regretter que « chaque fois qu'un président ou gérant de société, en France, signe un document, donne un ordre à son personnel ou son accord à un partenaire commercial, il peut et même devrait se demander quelle peine de prison ou d'amende pénale il encourt »[96]. Il ressort que cette inflation pénale, qui a également touché le secteur boursier ou le droit de la consommation, semble en contradiction avec le principe de nécessité, lequel appelle le législateur à modérer le recours aux incriminations. Si le principe tel qu'édicté par l'article 5 de la Déclaration de 1789 avait été pris en considération, il est certain que le monde des affaires n'aurait pas connu un tel mouvement de pénalisation. Cette déconsidération de ce principe fondamental s'illustre également par sa mise à l'écart textuelle.

32. L'absence de référence au sein du Code pénal. Contrairement à d'autres principes issus de la Déclaration de 1789 comme le principe de légalité[97], de personnalisation de la peine[98] ou de rétroactivité *in mitius*[99], le principe de nécessité des incriminations n'a pas de fondement législatif. Tout comme l'exprime une majorité de la doctrine, il est difficilement

---

[95] V. SIZAIRE, « Mort et résurrection du principe de nécessité pénale : A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 10 février 2017 », *art. préc.*

[96] J. COSSON, « L'inflation pénale dans la loi française sur les sociétés commerciales », *RID pén.*, 1987, p. 69.

[97] Art. 111-2 et 111-3 C. pén.

[98] Art. 132-24 et s. C. pén.

[99] Art. 112-1 C. pén.

compréhensible qu'un tel principe fondamental de l'action pénale ne soit pas présent au sein du Code pénal. Ainsi, comme le soulignait Madame le Professeur Mireille DELMAS-MARTY à propos de l'avant-projet du Code pénal de 1978, celui-ci « ne consacre aucun développement, dans sa partie générale, à la notion d'infraction, à la définition de l'infraction. Pas de réflexion, donc, sur ce qui peut et doit guider le législateur lorsqu'il crée, ou supprime, une infraction. […] Tout se passe comme si l'effort de reconstruction du droit pénal s'était d'abord porté vers son produit la peine, en délaissant, un peu, comme un postulat définitivement admis, sa source, qui est la définition même du crime. La question est pourtant importante, fondamentale même, au sens plein »[100]. Il est légitime de s'interroger sur une telle absence alors que d'autres principes, de valeur moindre aux yeux des déclarants ont été codifiés. Plus sévèrement, et selon Monsieur le Professeur Jean CARBONNIER, « comment prendre tout à fait au sérieux un code pénal qui commence à l'article 111-1, sur un énoncé platement technique : "les infractions pénales sont classées suivant leur gravité, en crimes, délits et contraventions". Que n'a-t-on plutôt retenu au passage l'article 1[er] d'un instant – celui de 1983 : "Les crimes et les délits sont les atteintes aux valeurs que la société tient pour essentielles […], les contraventions sont les atteintes à la discipline de la vie en société." Pour le souffle sociologique, on espèrera le prochain code »[101].

Alors que son rôle de guide de l'action pénale est primordial, le principe de nécessité reste cantonné à l'article 5 de la Déclaration de 1789. La disposition n'est ni à proprement parler présente au sein de la Constitution, ni au sein du Code pénal. Aussi, il n'est guère surprenant que le principe de nécessité des incriminations soit aujourd'hui un principe galvaudé. Pourtant, sa codification renforcerait à coup sûr son importance et restituerait sa place de principe phare de la politique criminelle. On peut regretter que contrairement à certains pays comme l'Italie, où la doctrine y fait fréquemment référence[102], ce principe de nécessité n'est guère développé en France[103], ce dernier étant plutôt remplacé par d'autres principes.

---

[100] M. DELMAS-MARTY, *Les chemins de la répression. Lectures du Code pénal*, PUF, coll. « Droit d'aujourd'hui », 1980, p. 18.

[101] J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, coll. « Champs », 1996, p. 137.

[102] R. PARIZOT, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée, le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, LGDJ, coll. « Thèses », 2010, n° 209, p. 167.

[103] R. PARIZOT, « Pour un véritable principe de nécessité des incriminations », in *Mélanges en l'honneur de Christine LAZERGES, op. cit.,* p. 247.

33. Les principes de substitution. On constate que régulièrement, le principe de nécessité est mis de côté au profit d'autres principes à portée similaire. En ce sens, un auteur, qualifie le principe de nécessité de principe « Protée » en ce qu'il est noyé autour d'autres principes[104]. Il en ressort premièrement qu'est davantage utilisé le principe « *d'ultima ratio* » ou « *d'extrema ratio* » dont le sens est similaire au principe de nécessité sans en avoir la force. Ainsi, ce principe cantonne l'action du droit pénal au strict nécessaire, qui doit être le dernier recours possible. Ce principe est fréquemment repris par le législateur européen dans l'édiction de normes pénales. Ce dernier ne doit pouvoir adopter seulement des « règles minimales » exclusivement quand cela s'avère « indispensable »[105]. Aussi, le terme *d'ultima ratio* est souvent utilisé dans la matière économique pour restreindre le recours au droit pénal et fait l'objet de nombreux rappels des instances européennes aux Etats membres[106]. Mais ce principe *d'ultima ratio* reste limité en ce qu'il se concentre presque exclusivement sur la répression qui accompagne l'incrimination, au contraire du principe de nécessité qui accompagne le législateur dans tout le processus d'incrimination. Cette faiblesse trouve écho auprès de certains auteurs qui rappellent que « la répression pénale doit être *l'ultima ratio* des pouvoirs publics »[107], le droit pénal devant ainsi être « *l'ultima ratio* de la réaction sociale »[108]. Il nous semble dès lors préférable de se référer au principe de nécessité tel que résultant de l'article 5 de la Déclaration de 1789.

A côté de cette notion, apparaît également celle de *ratio legis*, qui est « la raison de l'intervention du législateur, le pourquoi de la règle de droit »[109]. La *ratio legis* semble être d'un secours important pour étudier le principe de nécessité, guidant le créateur de norme dans le choix d'incriminer ou non un comportement. Ces deux notions se confondent parfois et sont intimement liées à la valeur sociale à protéger, laquelle est utile pour sonder les intentions du législateur lors de l'édiction de telle incrimination. Pour Monsieur le Professeur Yves

---

[104] M.-E. CARTIER, « Les principes constitutionnels du droit répressif », in *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, Colloque des 9-10 décembre 1994, PUAM, 1995, p. 155 et 163 et s.

[105] E. PERILLO, « Le droit pénal substantiel et l'espace de liberté, de sécurité et de justice, deux ans après Lisbonne : une analyse de jure condito et quelques perspectives de jure condendo », *Revue des affaires européennes*, n° 4, 2012, p. 781

[106] Avis du Comité économique et social européen sur la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions – Vers une politique de l'UE en matière pénale: assurer une mise en œuvre efficace des politiques de l'UE au moyen du droit pénal COM(2011) 573 final (2012/C 191/17).

[107] G. LEVASSEUR, « Le problème de la dépénalisation », *Archives de politique criminelle*, 1983, n° 6, p. 53.

[108] E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 84, p. 61.

[109] Y. MAYAUD, « *Ratio legis* et incrimination », *RSC* 1983, p. 598.

MAYAUD, « à la fois fondement et moteur de l'incrimination, la *ratio legis* en fixe donc toute la portée, puisqu'elle permet de dresser les ultimes frontières de la répression, et de tracer ainsi le seuil entre ce qui est punissable et ce qui ne l'est pas »[110]. Pourtant la *ratio legis*, même si elle se rapporte aux raisons profondes qui dictent l'incrimination, ne constitue en aucun cas un filtre à l'intervention pénale, rôle qui est l'objectif premier du principe de nécessité. Or, là encore, le principe de nécessité est supplanté par cette notion qui fait notamment l'objet de bien plus d'attention de la part de la doctrine.

34. L'apparition récente d'un « principe de légitimité de l'incrimination ». A l'occasion de deux décisions, la Chambre criminelle a eu à connaître de questions prioritaires de constitutionnalité portant sur la compatibilité de l'article 432-12 du Code pénal avec le « principe de légitimité de l'incrimination »[111]. Pour les requérants, le délit de favoritisme serait contraire à ce principe, « selon lequel la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société, garanti par l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ». Le recours à un principe de « légitimité de l'incrimination » appelle plusieurs remarques. En premier lieu, ce principe n'en est pas un, la doctrine, la jurisprudence et le législateur ne l'utilisent pas. Ni le Conseil constitutionnel ni la Cour de cassation n'ont eu recours à ce principe qui, évidemment, fait référence au principe de nécessité des incriminations. Ensuite, il est opportun de se demander pourquoi ce principe de nécessité n'est pas mentionné expressément ? Il est difficile de comprendre pour quelles raisons un principe non reconnu est utilisé en lieu et place d'un principe à valeur constitutionnel, présent dans notre droit positif depuis plus de deux siècles. Il n'est pas possible pour l'heure de connaître la position du Conseil constitutionnel sur ce nouveau principe, la Cour de cassation ayant refusé de transmettre les deux questions prioritaires de constitutionnalité. Nous regrettons l'utilisation de ce énième principe de substitution alors que le principe de nécessité des délits devrait être le pilier de notre politique criminelle.

Ce manque de considération envers le principe de nécessité des incriminations est d'autant peu justifié que le texte de l'article 5 de la Déclaration de 1789 exprime clairement l'idée de ses rédacteurs et comporte explicitement ce qui constitue la limite à l'intervention du droit pénal.

---

[110] *Ibid.*, p. 599.

[111] Cass. crim., 19 mars 2014, inédit, pourvoi n° 14-90001 ; Cass. crim., 20 déc. 2017, inédit, pourvoi n° 17-81.975.

§2 - LA LIMITE A LA CREATION DE L'INCRIMINATION : LES ACTIONS NUISIBLES A LA SOCIETE

35. La limitation dans la création de la norme pénale. Le principe de nécessité des incriminations, en tant que frein à l'intervention du droit pénal, présente de façon non équivoque en quoi correspond cette limitation. L'article 5 de la Déclaration de 1789 affirme en ce sens que le champ d'action du droit criminel doit se limiter « aux actions nuisibles à la société ». Toute la difficulté réside alors dans la détermination du comportement nuisible. Les travaux des révolutionnaires mentionnaient déjà cet embarras à cerner les actions nuisibles à la société. Les déclarants ont tantôt essayé de dresser une liste des actions nuisibles que la norme doit interdire, tantôt une liste des actions non nuisibles que la loi ne doit pas interdire. Sans pour autant parvenir à un inventaire exhaustif, il est certain qu'est une action nuisible à la société celle qui atteint une valeur sociale protégée, jugée essentielle. En ce sens, un auteur a pu affirmer que « le concept de bien juridique est le pilier du principe de nécessité »[112] puisqu'il en est un élément constitutif. Appliquée à la matière économique, cette affirmation conduit à se demander si le droit pénal des affaires ne peut intervenir que pour protéger une valeur sociale d'ordre financier qu'il conviendra d'identifier. Ainsi, afin de cerner l'importance du principe de nécessité en droit pénal des affaires, il est opportun de s'interroger sur la qualité de l'économie en tant que valeur sociale digne d'être protégée (A) ou tout au moins sur les biens participant à l'action économique et méritant cette protection pénale (B).

A - L'économie comme valeur sociale pénalement protégée

36. Le droit pénal n'a vocation qu'à protéger les biens juridiques essentiels. La formulation de l'article 5 de la Déclaration de 1789 affirme en termes clairs que le législateur ne peut interdire « que » les actions considérées nuisibles à la société. Comme le souligne un auteur, il s'agit d'une condition *a maxima*[113], c'est-à-dire que le texte n'impose pas que toutes

---

[112] R. PARIZOT, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée, le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, *op. cit.*, n° 226, p. 178.

[113] G. CHETARD, « La proportionnalité de la répression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RSC* 2013, p. 51.

les actions nuisibles à la société soient réprimées et défendues, mais que ce sont les seules à pouvoir l'être. Aucune définition de l'action nuisible n'étant donnée, il convient dès lors de se rapporter aux fonctions du droit pénal, lequel a pour objet de protéger des valeurs sociales ou des biens juridiques. Ainsi, le Conseil constitutionnel considère qu'une incrimination n'est pas nécessaire si l'acte incriminé n'est pas directement attentatoire à la valeur protégée[114]. Le droit pénal ne peut donc intervenir que pour protéger des valeurs que le législateur juge essentielles, des auteurs allant jusqu'à affirmer que c'est le principe de légalité lui-même qui serait « méconnu lorsque la sanction pénale sert à garantir des valeurs sociales secondaires »[115]. Par conséquent, une action nuisible à la société est un comportement qui porte atteinte à une valeur sociale et qu'il convient d'ériger en infraction pénale. Selon un auteur, la définition des infractions par le législateur traduit un système de valeurs de la société[116], ce qui permet de cibler précisément quelles sont les valeurs à protéger.

Le champ d'intervention de la loi pénale apparaît ainsi explicitement délimité aux seuls comportements portant atteinte à une valeur sociale essentielle[117]. Comme le rappelle Madame le Professeur Raphaële PARIZOT, « […] une incrimination est nécessaire lorsqu'elle permet de protéger un bien juridique particulièrement précieux contre une atteinte particulièrement grave »[118]. A juste titre, les auteurs du rapport sur la dépénalisation de la vie des affaires refusent toute mise à l'écart du droit criminel en ce qui concerne « le noyau dur » du droit pénal[119]. En ce sens, la doctrine affirme que « seule la protection des valeurs essentielles justifie l'intervention la plus dure du droit, par le biais des sanctions pénales réservées aux atteintes les plus graves »[120]. Si le droit pénal trouve sa limite dans la défense des actions nuisibles à la société[121], le droit pénal des affaires ne semble dès lors pouvoir intervenir que pour protéger l'économie, en tant que valeur sociale.

---

[114] Cons. const., 10 mars 2011, n° 2011-625 DC.

[115] P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°89, p. 62

[116] J.-P. JEAN, *Le système pénal*, La Découverte, coll. Repères, 2008, p. 31.

[117] D.W. CARRITHERS, « La philosophie pénale de Montesquieu », *Revue Montesquieu* n° 1, p. 40.

[118] R. PARIZOT, « L'incrimination de participation à une bande ayant des visées violentes, un nouvel exemple de mépris(e) à l'égard des principes du droit pénal », *D.* 2009, p. 2701.

[119] *La dépénalisation de la vie des affaires*, dir. J-M. COULON, *op. cit.*, p. 14.

[120] R. KOERING-JOULIN et J.-F. SEUVIC, « Droits fondamentaux et droit criminel », *art. préc.*, p. 1.

[121] Y. MAYAUD, « *Ratio legis* et incrimination », *art. préc.*, p. 599.

37. L'économie en tant que valeur sociale. Il est certain que la détermination de la valeur sociale est à l'origine de l'incrimination[122], mais comme pour les infractions de droit commun, les dispositions d'ordre économique et financier ne mentionnent pas explicitement quel bien juridique est protégé par l'incrimination en question. Selon Monsieur Guillaume ROYER, « s'il est tout à fait classique d'affirmer que le droit pénal est présent dans le domaine économique, il l'est nettement moins de dire que le système économique est un bien juridique protégé par le droit criminel »[123]. La question de la qualité de valeur sociale de l'économie est ardue. A la lecture des différents textes d'incrimination, nous arrivons à la même conclusion que cet auteur, l'économie en tant que telle ne semble pas être un bien juridique protégé par le droit pénal. Il est d'autant plus délicat d'ériger l'économie en valeur sociale qu'elle ne peut être comparée à des valeurs empreintes de morale et qui s'imposent à tous comme la vie ou l'intégrité physique. Tout au plus peut-on relever que quelques auteurs tendent à rapprocher certaines infractions économiques et financières de la criminalité naturelle[124]. En revanche, le droit pénal des affaires semble attacher une protection particulière à des principes fondamentaux d'ordre économique.

38. Les références à des valeurs d'ordre économique. Même si l'économie n'est pas explicitement reconnue comme une valeur sociale justifiant le recours au droit pénal, ce dernier fait de multiples références à des principes de la pensée économique pour justifier son action.

La libre concurrence est un élément central de l'économie libérale, à placer en lien avec la loi de l'offre et de la demande qui peut être définie comme une situation où « sur un marché le prix et la quantité échangée dépendent de la force respective de l'offre des producteurs d'une part, et la demande des consommateurs d'autre part. Cette loi est à la base de la représentation néo-classique d'une économie »[125]. Le droit pénal a érigé cette loi de l'offre et de la demande en valeur sociale à protéger en incriminant les comportements y portant atteinte. C'est le cas avec l'interdiction des ententes anticoncurrentielles prévues aux articles L.

---

[122] J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, coll. Droit fondamental, 2014, n° 221, p. 375.

[123] G. ROYER, *L'efficience en droit pénal économique*, LGDJ, coll. « Droit et économie », 2009, n° 70, p. 88.

[124] M. DELMAS-MARTY, « Criminalisation et infractions financières, économiques et sociales », *RSC* 1977, p. 509 ; L. BOYER, « L'adéquation du droit pénal français à la délinquance fiscale », *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, t. XX, 1972, p. 137 et s.

[125] F. TEULON, *Vocabulaire économique*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 3e éd., 1996, p. 74.

420-1 et suivants du Code de commerce. La référence à la loi de l'offre et de la demande ainsi que de la libre concurrence est ici claire, les ententes sont prohibées en ce qu'elles ont pour objet « d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché », notamment en faisant « obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché ». Sans se référer directement à l'économie, le législateur érige en bien juridique des éléments fondamentaux de celle-ci. Il veille à ce que les prix soient fonction de l'offre et de la demande dans une économie libérale en interdisant que ceux-ci ne soient fixés par une entente anticoncurrentielle. Les juridictions n'hésitent d'ailleurs pas à se référer à cette loi de l'offre et de la demande pour juger des ententes anticoncurrentielles qui leur sont soumises[126]. En matière de pratiques restrictives de concurrence, et notamment en ce qui concerne le délit de revente à perte[127], le juge pénal rappelle « qu'il y a lieu de prendre en considération l'économie globale de l'opération de revente pour apprécier l'existence de ces délits »[128], faisant ici directement référence à la notion d'économie.

La doctrine économique affirme que la concurrence ne peut se faire que lorsque les agents sont libres d'entrer ou de sortir du marché[129]. C'est pour cette raison que l'article L. 420-1 précité interdit les ententes qui limitent « l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ». La référence économique est ici évidente, la doctrine s'entendant sur le fait que les restrictions à la libre entrée sur le marché conduisent à terme à une concurrence imparfaite, néfaste à l'économie libérale. Comme l'affirme à juste titre un auteur, « la valeur sociale défendue par les articles L. 420-1 1° et L. 420-6 du Code de commerce est la structure efficiente du marché et donc, par ricochet, le système économique »[130].

Un raisonnement similaire peut être tenu concernant le droit pénal boursier. D'après la doctrine, « le délit [d'initié] trouve son fondement dans une atteinte à la morale et par ricochet à la démocratie financière »[131]. Mais au-delà de cette valeur morale du marché financier, c'est bien l'économie de marché qui est ici protégée de façon implicite. En incriminant le délit

---

[126] Cass. com., 7 oct. 2014, inédit, pourvoi n°13-19. 476.

[127] Art. 442-2 C. com.

[128] Cass. crim., 7 mai 2002, *Bull. crim.* n° 109.

[129] F. TEULON, *Vocabulaire économique*, *op. cit.*, p. 74.

[130] G. ROYER, *L'efficience en droit pénal économique*, *op. cit.*, n° 77, p. 94.

[131] O. SIMART et H. DE VAUPLANE, « Délits boursiers, proposition de réforme », *RDBB* 1997, p. 87.

d'initié[132], la diffusion d'informations fausses ou trompeuses[133] et la manipulation de cours[134], le législateur a eu le souhait d'éviter tout dysfonctionnement du marché et par conséquent, de l'économie. En usant de leurs informations, les investisseurs initiés vont fausser le cours du marché ce qui conduira à des pertes pour les investisseurs « sous-informés » qui, à terme, auront naturellement le souhait d'investir dans d'autres secteurs plus sûrs[135]. Par le biais de « la transparence du marché », c'est bien l'économie elle-même qui est protégée par le droit boursier. A côté de l'économie en tant que valeur sociale, s'est également posée la question de l'existence d'un ordre public économique.

39. La question de l'ordre public économique. La sauvegarde de l'ordre public est une raison pouvant justifier l'incrimination d'un comportement, ce qu'affirment des auteurs en considérant que « le choix est fait d'ériger un acte en une infraction, lorsque la société veut éviter, par la menace d'une peine, que son résultat socialement nuisible ne cause un trouble à l'ordre public »[136]. Le droit pénal, de façon générale, a donc pour vocation de prévenir les atteintes à l'ordre public. Appliquée au monde des affaires, la question s'est posée de savoir s'il existe un ordre public économique, justifiant l'intervention du droit pénal aux fins de protection. La notion d'ordre public économique est aujourd'hui largement reconnue au sein de la doctrine[137] même si ses contours demeurent flous. Elle l'est également de plus en plus par la jurisprudence et notamment celle du Conseil constitutionnel qui s'y est référé pour la première fois en 2011[138] et n'a eu de cesse d'enrichir son raisonnement[139]. Par exemple, pour les Sages, les infractions boursières et notamment le délit d'initié prévu à l'article L. 465-1 du Code monétaire et financier visent à protéger l'ordre public économique[140]. Pour Monsieur le Professeur Thomas PEZ, « assurer l'ordre public économique c'est assurer le bon

---

[132] Art. L. 465-1, al. 1, 2 et 3 C. mon. fin.

[133] Art. L. 465-1, al. 4 C. mon. fin.

[134] Art. L. 465-2 C. mon. fin.

[135] C. SONNTAG, *La prise en compte des opérations d'initiés par le droit : une approche économique*, Thèse Nancy, 1995, p. 59.

[136] P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*,, n°41, p. 25.

[137] G. MAROU, « L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », in *Annales de la régulation*, dir. T. REVET et L. VIDAL, IRJS éditions, 2009. p. 79.

[138] Cons. const., 13 mai 2011, n° 2011-126 QPC.

[139] Cons. const., 12 oct. 2012, n° 2012-280 QPC, 11e consid. ; Cons. const., 1er oct. 2013, n° 2013-3 LP, 5e consid.

[140] Cons. const., 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC, 25e consid.

fonctionnement du marché »[141], ce qui rejoint les solutions jurisprudentielles en la matière. Ainsi, la reconnaissance d'un ordre public économique justifie l'intervention d'un droit répressif, au même titre que les valeurs socialement protégées évoquées ci-dessus. Il apparaît que sans la nommer directement, le droit pénal considère l'économie, ou au moins ses principes essentiels, comme une valeur digne de protection. Au-delà de ces règles de la pensée économique, le droit pénal a eu le souhait d'intervenir pour protéger des biens juridiques qui concourent à l'économie de marché.

B - La protection de biens et valeurs contribuant à l'économie

40. Outre la protection directe de l'économie, divers biens juridiques participant à l'économie de marché constituent une limite à l'intervention pénale. Plus précisément, ces biens juridiques correspondent d'une part au droit de propriété, véritable fondement du système économique (1) et d'autre part à des valeurs sociales qui participent au bon fonctionnement du marché (2).

1) La propriété, valeur sociale à protéger pénalement

41. La propriété, socle de l'économie de marché. La propriété possède un rôle significatif dans l'économie, elle peut être considérée comme le pilier de l'économie libérale[142]. Ainsi, pour la doctrine, « sans propriété, il n'y aurait ni production, ni commerce »[143]. Il est vrai que l'économie libérale a pour objet la maximisation des richesses, ce que permet la propriété. En ce sens le droit de propriété peut être appréhendé comme une « analyse néo-libérale, selon laquelle l'efficacité économique est liée au pouvoir et à la volonté qu'ont les propriétaires privés de contrôler l'usage de leur propriété »[144]. Le lien entre la propriété privée et l'économie

---

[141] T. PEZ, « L'ordre public économique », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2015/4, n° 49, p. 43.

[142] Y. MULLER, « La dépénalisation de la vie des affaires ou … de la métamorphose du droit pénal », *AJ pénal*, 2008, p. 64.

[143] M. FAURE et A. OGUS, *Economie du droit : le cas français*, Panthéon-Assas, coll. Droit comparé, 2002, p. 43.

[144] F. TEULON, *Vocabulaire économique*, *op. cit.*, p. 41.

apparaît donc évident, ce qui permet d'affirmer que « parmi les libertés qui fondent l'économie de marché, il y a celle de détenir : l'économie de marché est une économie de propriété privée. […] Par ailleurs, la propriété privée est une composante de la concurrence »[145]. Dès lors, la propriété est un élément essentiel de l'économie, celle-ci fonde toute action de marché. Dans ces conditions, élever la propriété en valeur sociale à défendre permet de protéger indirectement l'économie.

42. La protection du droit de propriété. A côté de cette reconnaissance économique, le droit de propriété possède une valeur importante au sein de la législation. Il est notamment consacré par l'article 544 du Code civil, mais surtout par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Le texte, fortement inspiré des idées de John LOCKE et son *Traité sur le gouvernement civil*, affirme que « la propriété [est] un droit inviolable et sacré », lequel dispose aujourd'hui d'une valeur constitutionnelle par son insertion au sein du bloc de constitutionnalité. En outre, on ne peut remettre en cause sa valeur universelle, le droit de propriété figurant dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 en son article 17-1 et se voit garanti par l'article 1er de la Convention européenne des droits de l'homme[146]. En tant que liberté fondamentale, le droit pénal n'y est pas resté étranger. C'est pour cette raison que le Code pénal incrimine les atteintes au droit de propriété en son Livre III, Titre 1er intitulé « des appropriations frauduleuses ». Plus précisément, le droit pénal prohibe les atteintes au droit de propriété, composante de l'économie libérale, par le biais notamment du vol[147], de l'escroquerie[148] ou de l'abus de confiance[149]. Ces incriminations, en défendant le droit de propriété, assurent une protection, certes indirecte, mais certaine au système économique. Le droit de propriété, en tant que valeur sociale, rend nécessaire l'intervention du droit pénal dans le domaine des affaires.

---

[145] J.-M. DANIEL, « L'économie de marché : liberté et concurrence », in « L'économie politique », *Altern. économiques*, 2008/1 n° 37, p. 40-41.

[146] CEDH, 13 juin 1979, *Marcks c./ Belgique*, série A, n° 31.

[147] Art. 311-1 et s. C. pén.

[148] Art. 313-1 et s. C. pén.

[149] Art. 314-1 et s. C. pén.

2) Des valeurs participant au bon fonctionnement du marché

43. La transparence des marchés financiers. Il est communément admis que « le principe de transparence est […] essentiel au bon fonctionnement du marché ; c'est même un des principes directeurs autour duquel le droit des marchés financiers s'est construit »[150]. Partant de cette solution économique, il est apparu nécessaire d'ériger la transparence en valeur sociale pénalement protégée. Cette qualité de valeur sociale laisse peu de doute en droit positif puisque qu'une section du Code monétaire et financier est consacrée aux « atteintes à la transparence des marchés »[151], prévoyant de nombreuses incriminations pour en assurer la protection, comme le délit d'initié ou la manipulation de cours. La transparence du marché est également l'objectif affiché des différents règlements et directives sur le plan européen[152]. Dans le même sens, la Cour européenne des droits de l'homme a justifié le recours au droit pénal dans la matière des abus de marchés, rappelant que les valeurs sociales protégées par ces incriminations constituent des « intérêts généraux de la société normalement protégés par le droit pénal »[153]. Il apparaît donc que le droit pénal est nécessaire pour protéger au mieux la transparence des marchés financiers, laquelle présente la qualité de valeur sociale.

44. La transparence des marchés publics. La protection de la transparence du marché concerne également les contrats conclus entre les autorités publiques et les acteurs privés. Le principe de transparence des marchés publics est un principe directeur de la commande publique, assurant la bonne utilisation des deniers publics[154]. La protection de cette valeur sociale est assurée par plusieurs incriminations se trouvant dans une section du Code pénal intitulée « des manquements au devoir de probité » qui regroupe notamment la corruption[155], la prise illégale d'intérêts[156] ou le favoritisme[157]. Le lien entre la probité des

---

[150] D. KLING, « La transparence et les marchés financiers – Tendances actuelles », *RJSP* n° 9, p. 120.

[151] Art. L. 465-1 et s. C. mon. fin.

[152] Direct. 2014/57/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative aux sanctions pénales applicables aux abus de marché, 1er consid. ; Règlement UE n° 596/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 sur les abus de marché, 2e consid.

[153] CEDH, 2e sect., 4 mars 2014, *Grande Stevens et autres c./ Italie*, req. n° 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10.

[154] Art. 1er Ord. n° 2015-899 du 23 juill. 2015, relative aux marchés publics, JORF p. 12602 et s.

[155] Art. 432-11 C. pén.

[156] Art. 432-11 C. pén.

[157] Art. 432-14 C. pén.

décideurs publics et la transparence des marchés publics n'est plus à démontrer et se trouve notamment expressément affirmé à propos du délit de favoritisme[158], infraction créée par la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à « la transparence et à la régularité des procédures de marché »[159].

Déjà sous la III[e] République, le collège des électeurs chargé de choisir les membres des chambres de commerce et des chambres de consulat était régi par un décret de 1872 qui disposait que les électeurs étaient choisis parmi des « commerçants recommandables par leur probité, esprit d'ordre et d'économie »[160]. Le lien entre politique, décideurs publics et acteurs économiques ne fait aucun doute, lequel doit s'articuler autour de ce devoir de probité. Afin de sécuriser ce bon ordre économique, le législateur a eu le souhait d'incriminer les comportements portant atteinte à la probité. Pour Monsieur le Professeur Michel VERON, ces trois délits « ont comme point commun de sanctionner le recours à des procédés frauduleux pour obtenir la conclusion ou le bénéfice de certaines affaires »[161]. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a eu récemment l'occasion de préciser que le délit de favoritisme avait pour but de protéger l'ensemble de la commande publique, et non pas seulement les marchés régis par le Code des marchés publics[162]. La valeur sociale protégée correspond ainsi à la moralité de la vie économique et financière, laquelle participe pleinement au bon ordre économique et de la commande publique, faisant l'objet d'une attention particulière de la part du législateur[163]. L'intervention pénale serait donc nécessaire dans ce domaine en raison de la qualité de valeur sociale de la transparence des marchés publics. Les atteintes à la probité sont donc à considérer comme des actions nuisibles à la société au sens de l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Dans le sillage de la probité, il apparaît que la transparence de la vie politique est érigée en valeur sociale digne de protection pénale. La sphère politique n'est pas épargnée par

---

[158] J.-F. SEUVIC, « Transparence et régularité des marchés publics (délits de favoritisme par atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats : art. 432-14, c. pén.), *RSC* 1997, p. 865.

[159] Art. 5 L. 91-3 du 3 janv. 1991, relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, JO, p. 236 et s.

[160] Décret qui détermine le mode d'élection des membres des chambres de commerce et chambres consultatives des arts et manufactures du 22 janvier 1872, *Bulletin des lois de la République française*, XII[e] série, 1[er] semestre de 1872, tome 4[e], Imprimerie Nationale, Paris, 1872.

[161] M. VERON, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n° 89, p. 73.

[162] Cass. crim., 17 févr. 2016, *Bull. crim.* n° 53.

[163] La dernière loi pénale en la matière est la L. n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, JORF n°0287 du 10 décembre 2016.

la délinquance économique et financière, laquelle y trouve parfois un terrain favorable à la commission d'infractions. Ces infractions, comme la corruption, la prise illégale d'intérêt ou le favoritisme sont difficilement détectables et nécessitent d'être appréhendées le plus en amont possible. Ainsi, par la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013, le législateur a posé diverses obligations préventives à la charge des personnes politiques[164]. Plus précisément, il s'agit d'interdire toute situation de conflit d'intérêts et d'obliger certains responsables à déclarer leur patrimoine à une autorité administrative indépendante spécialement créée, la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique. Ces déclarations ont pour but de permettre à cette autorité de contrôler les mouvements de patrimoine des responsables politiques et d'y détecter tout mouvement suspect relevant éventuellement d'une atteinte à la probité. Il est intéressant de noter que le non-respect de ses obligations est constitutif d'un délit en application des articles 26 et suivants de la loi. Ainsi, l'omission de déclaration est réprimée par une peine de trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende et les peines complémentaires selon les articles 131-26 et 131-26-1 du Code pénal. Ces dispositions furent complétées ou modifiées par la loi n° 2017-1339 du 15 septembre 2017[165], laquelle est venue parachever le processus de transparence dans la vie politique. Plus précisément, l'accent a été mis sur la prévention des conflits d'intérêts ou la transparence dans le travail des acteurs de la vie politique mais de nombreuses dispositions pénales ont également été réformées dont l'étude particulière sera effectué plus tard.

Il en ressort que la transparence de la vie politique bénéficie d'une protection pénale, ce qui laisse peu de doute sur sa qualification de bien juridique. Dès lors, le droit pénal est nécessaire pour interdire les comportements portant atteinte à la transparence de la vie politique, conformément à l'article 5 de la Déclaration de 1789.

45. La protection de l'intérêt social par le droit pénal. La loi ne fait pas expressément référence à l'intérêt social comme valeur sociale. Pourtant, cette qualité lui est reconnue et sa protection par le droit pénal est déterminante pour l'économie. Il n'existe pas de définition unique de l'intérêt social, que ce soit au sein de la législation ou de la doctrine. Pour des auteurs, il s'agit de l'intérêt propre de la société en tant que personne morale, qui dépasse

[164] L. n° 2013-907 du 11 oct. 2013 relative à la transparence de la vie publique, JORF n°0238 du 12 oct. 2013 p. 16829.

[165] L. n° 2017-1339 du 15 sept. 2017 pour la confiance dans la vie politique, JORF n°0217 du 16 sept. 2017.

les intérêts particuliers des associés[166]. Une des conséquences qui découle de cette affirmation et que les dirigeants ne devraient dès lors pas agir en négligeant cet intérêt supérieur. Pour garantir le respect de cette valeur, le législateur a érigé en infraction pénale les comportements y portant atteinte. A ce titre, les articles L. 241-3 et L. 242-6 du Code de commerce incriminent les infractions d'abus de biens sociaux, lesquels sont contraires « aux intérêts de la société ». La qualité de valeur sociale pénalement protégée attachée à l'intérêt social ne fait dès lors aucun doute. D'un point de vue économique, la doctrine s'accorde pour affirmer que la défense de l'intérêt social dépasse la seule protection des biens de la société et doit être rapprochée de la protection de l'éthique dans la vie des affaires[167], correspondant à « moyen pour parvenir à une fin économique »[168], solution confirmée par les sciences juridiques[169]. Aussi, comme le rappelle un auteur, ce n'est pas seulement la société qui subira un préjudice, car l'abus de biens sociaux « va avoir des conséquences transactionnelles graves pour les économies libérales reposant sur l'échange marchand » parce que « les théorèmes d'efficacité attachés à une économie concurrentielle ne sont valables que dans la mesure où la confiance guide les choix des agents économiques »[170]. L'intérêt social constitue assurément une valeur sociale qui légitime le recours du droit pénal en la matière.

46. La question de l'intention frauduleuse : limite à l'intervention du droit pénal en matière économique. Au-delà de la protection des biens juridiques qui constitue une limite au recours au droit pénal comme l'exige le principe de nécessité, il est légitime de s'intéresser sur la place de l'intention frauduleuse en la matière. De nombreux auteurs affirment que le droit pénal ne peut intervenir dans le domaine économique et financier que pour réprimer des comportements intentionnels. Cette solution a notamment été rappelée au sein du rapport COULON qui précise que « toutes les personnes auditionnées ont ainsi souligné la nécessité de ne pas toucher aux incriminations qui sanctionnent les comportements frauduleux. Il s'agit

---

[166] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, LexisNexis, coll. « Manuel », 28e éd., 2015, n° 409, p. 236.

[167] Pour une étude complète sur l'éthique en matière économique, v. notamment : *L'éthique des marchés financiers*, dir. J.-V. LOUIS et D. DEVOS, Edition de l'Université de Bruxelles, 1991.

[168] G. FOURNIER, « Le droit pénal et le risque de l'instrumentalisation dans la vie des affaires », in *Aspects organisationnels du Droit des affaires – Mélanges en l'honneur de Jean PAILLUSSEAU*, Dalloz, 2003, p. 273.

[169] R. DE GOUTTES, « Droit pénal et droits de l'homme », in *La place du droit pénal dans la société contemporaine*, Dalloz, 2000, p. 143.

[170] R. BLAZY, « La pertinence économique de l'incrimination de l'abus de biens sociaux », *LPA*, 19 mai 2005, n° 99, p. 29.

d'une dépénalisation légitimement « impossible », qui n'a d'ailleurs jamais été envisagée par le groupe de travail »[171]. Il ressort de ces considérations que le droit pénal n'aurait vocation à incriminer que les comportements intentionnels et se désintéresser des infractions dites matérielles où l'intention frauduleuse n'est pas requise. La matière boursière est un exemple notable de cette distinction puisque les délits boursiers requièrent la preuve d'une intention frauduleuse tandis que les manquements boursiers, sanctionnés sur base du règlement de l'Autorité des marchés financiers, le sont indépendamment de l'intention de leur auteur. A noter que cette position est régulièrement affirmée par l'Autorité des marchés financiers, laquelle considère que la voie pénale doit être privilégiée lorsqu'une valeur sociale est atteinte et qu'il existe une intention dolosive[172]. Cette position fut également confirmée par la directive 2014/57 du 16 avril 2014 lorsqu'elle enjoint aux Etats membres de recourir au droit pénal pour sanctionner les abus de marché commis intentionnellement[173].

Dans ces conditions, il est possible d'affirmer qu'une incrimination est nécessaire lorsqu'elle a d'une part, vocation à protéger une valeur sociale et d'autre part interdire un comportement frauduleux. Cette position novatrice par rapport à l'appréhension qui prédominait jusqu'à présent a le mérite de coller davantage à la matière économique qui connaît de nombreuses obligations formelles. Aussi, il est possible de s'interroger sur l'existence d'une condition supplémentaire en plus de l'action nuisible à la société, l'atteinte devant présenter en plus une intention frauduleuse, c'est-à-dure une certaine gravité. Ces éléments constitueraient donc le contour de l'intervention pénale en matière économique.

Comme nous venons de le voir, le principe de nécessité des incriminations a naturellement vocation à jouer son rôle de filtre lors de l'élaboration de la norme pénale. Néanmoins, les critères de la nécessité reposent sur la contradiction du comportement avec une valeur sociale qui par nature est fonction des mœurs et des exigences de la société à un moment donné. Ces critères étant voués à évoluer au fil du temps, le principe de nécessité pourra s'appliquer à des normes déjà en vigueur, par le biais de la dépénalisation dont la place est centrale en droit pénal des affaires.

---

[171] *La dépénalisation de la vie des affaires*, dir. J-M. COULON, *op. cit.*, p. 21.

[172] AMF, *L'application du principe ne bis in idem dans la répression des abus de marché. Proposition de réforme*, 19 mai 2015, rapp, p. 4.

[173] Art. 3, 4 et 5 direct. 2014/57/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative aux sanctions pénales applicables aux abus de marché.

SECTION 2

LE PRINCIPE DE NECESSITE ET LA DISPARITION DE L'INCRIMINATION

47. L'adaptation du principe de nécessité. Le rapport sur la dépénalisation de la vie des affaires a, à juste titre, cité en introduction cette phrase de Paul RICOEUR : « les valeurs ne sont pas des essences éternelles », confirmant le caractère particulièrement temporaire attribué au droit pénal économique[174]. Il est incontestable que le droit pénal est de manière générale le reflet des valeurs et aspirations d'une société à un moment donné[175]. Ces valeurs sociales évoluent au fil du temps, ce qui est particulièrement vérifiable en matière de mœurs mais c'est également le cas dans le domaine économique. Quelle matière peut se prévaloir d'un tel mouvement, d'une telle mondialisation que l'économie. Comme le soulignait déjà MONTESQUIEU, les lois inutiles affaiblissent celles qui sont nécessaires. Dès lors, le principe de nécessité sert de guide dans l'élaboration de l'incrimination comme vu précédemment, mais également lors la suppression du texte lorsque ce dernier n'est plus nécessaire eu égard à un changement des valeurs à protéger[176]. En d'autres termes, la dépénalisation est animée par le principe de nécessité.

48. Le mouvement de dépénalisation du droit pénal des affaires. Toutes les branches du droit sont concernées par la dépénalisation, mais le droit pénal des affaires en est

---

[174] R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, T. 3, *op. cit.*, n° 741, p. 595.

[175] P. HEBBERECHT, « Les processus de criminalisation primaire », *Déviance et Société*, 1985, Vol. 9, n° 1, p. 61.

[176] J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « 1789 : un nouveau droit pénal est né », in *Etudes offertes à Pierre Jaubert*, *op. cit.*, p. 175.

fortement marqué depuis plusieurs années[177]. En la matière, le mouvement de dépénalisation trouve essentiellement son origine dans le rapport MARINI sur la modernisation du droit des sociétés[178]. Cependant, les différents mouvements de dépénalisations ont été réalisés de manière anarchique. De l'aveu même de la doctrine, le législateur est intervenu pour réformer le droit pénal des sociétés « sans procéder à un réexamen de la nécessité de telle ou telle disposition »[179] puisque dépénaliser, c'est rendre au droit pénal son caractère *d'ultima ratio*. Pour un auteur, il faut dès lors s'intéresser à la fonction normative de la sanction pénale, qui est « la manifestation de l'expression de valeurs sociales à protéger »[180]. Ainsi, par la dépénalisation, il faut recentrer le droit pénal sur les valeurs essentielles à protéger, ou au moins sur les atteintes les plus graves à ces valeurs et laisser le soin à d'autres droits de sanctionner les atteintes minimes.

La dépénalisation peut se réaliser de deux manières, significatives de la nécessité du droit pénal[181]. Dans certains cas, on note une totale mise à l'écart du droit pénal de la sphère économique, le domaine en question ne connaissant plus d'interdiction de nature pénale (§1). D'autre autre côté, la dépénalisation se veut parfois moins franche, avec un maintien du droit pénal et de l'incrimination en plus de l'instauration d'interdits d'autre nature (§2).

§1 - LA DEPENALISATION ET LA DISPARITION DE L'INFRACTION

49. La suppression de la norme pénale. Les évolutions sociales font qu'un comportement, autrefois prohibé, puisse devenir dorénavant acceptable. Evidemment présent dans les matières liées au mœurs[182], ce type de dépénalisation touche également la matière

---

[177] A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON, R. SALOMON, *Droit pénal des affaires, op. cit.*, n°10, p. 3.

[178] C. GINESTET, « La dépénalisation du droit des sociétés ? », *Rev. Lamy dr. aff., févr. 2010*, n° 46 p. 52.

[179] B. BOULOC, « La place du droit pénal dans le droit des sociétés », in *La place du droit pénal dans la société contemporaine*, Dalloz, 2000, p. 17.

[180] S. JACOPIN, « Le recul de la sanction pénale ou la dépénalisation du droit moderne des affaires », in Actes du colloque le renouveau de la sanction pénale : évolution ou révolution ?, dir. S. JACOPIN, Bruylant, 2010, p. 56.

[181] J.-H. ROBERT, « La dépénalisation », in *Archives de philosophie du droit*, Dalloz-Sirey, T. 41, le privé et le public, 1997, p. 191.

[182] L. n° 75-617, 11 juill. 1977, Loi portant réforme du divorce, dont l'art. 17 a dépénalisé l'adultère ; L. 82-683, 4 août 1982 qui a dépénalisé les rapports homosexuels.

économique, et notamment le droit des sociétés[183]. Cette acceptation du comportement anciennement prohibé peut être partielle en ce que le législateur considère que l'emprise du droit pénal se doit d'être moins forte. L'acceptation peut également être totale et, dès lors, en application du principe de nécessité, l'incrimination n'a plus lieu d'être et il convient de retirer le texte pénal du droit positif. De ce point de vue, la mise à l'écart s'explique par une actualisation des motifs d'incrimination par le législateur, disposant d'une grande liberté en la matière[184]. Dans ce cas, certains auteurs[185] distinguent d'une part la désincrimination qui consiste à supprimer le texte incriminateur de la législation en vigueur (A) et d'autre part la dépénalisation au sens strict, qui consiste en une substitution par une autre branche du droit (B).

A - La dépénalisation par acceptation du comportement prohibé

50. Dualité de l'acceptation du comportement anciennement prohibé. Les valeurs sociales évoluant, une incrimination n'est pas nécessaire de façon infinie. Aussi, il peut arriver que l'interdiction d'un comportement ne soit plus nécessaire, ce qui demande une mise à l'écart de l'infraction. Cette mise à l'écart peut évidemment émaner du législateur, qui prend conscience que telle disposition n'a plus sa place au sein du droit positif (1). Mais elle peut également trouver son origine auprès du juge pénal, qui, lors du litige qui lui est soumis, décide de ne pas appliquer une incrimination (2).

1) La dépénalisation par le législateur

51. Le rétrécissement du champ pénal. Pour un auteur, la désescalade pénale est fondée « légitimement sur le principe de nécessité »[186]. Il s'agit du degré le plus faible de la dépénalisation et consiste en une acceptation partielle du comportement prohibé, le droit pénal

---

[183] J.-H. ROBERT, « Tableau récapitulatif des dépénalisations opérées depuis 2003 dans le droit des sociétés par actions », *Dr. pén.*, févr. 2005, p. 6.

[184] V. BUCK, « Le Conseil constitutionnel peut-il imposer des limites aux politiques de pénalisation ou de dépénalisation ? », *RSC* 2002, p. 672.

[185] M. VAN DE KERCHOVE, *Le droit sans peine*, F.U.S.L., coll. « Droit », 2002, p. 323.

[186] S. JACOPIN, « Le recul de la sanction pénale ou la dépénalisation du droit moderne des affaires », in Actes du colloque le renouveau de la sanction pénale : évolution ou révolution ?, dir. S. JACOPIN, Bruylant, 2010, p. 58.

opérant une certaine mise en retrait progressive. Ce mouvement a notamment été rencontré à propos de l'émission de chèque sans provision. A l'origine, ce comportement fut incriminé par une loi du 14 juin 1865 puis par une loi du 2 août 1917 qui le punissait des peines délictuelles prévues pour l'abus de confiance. Par la suite, la loi du 3 janvier 1972 est venue contraventionnaliser l'émission de chèque sans provision d'une valeur inférieure à 1 000 francs, tout en maintenant la qualification délictuelle pour les chèques d'une valeur supérieure. Une dépénalisation plus forte est intervenue par la loi du 3 janvier 1975 dans la mesure où seul subsiste le délit d'émission de chèque sans provision dans l'intention de porter atteinte aux droits d'autrui. Le champ d'application du droit pénal s'en trouvait particulièrement réduit dans la mesure où l'intention devait être clairement établie. Enfin, depuis la loi n° 91-1382 du 30 décembre 1991 modifiée par celle du 16 juillet 1992, l'émission de chèque sans provision n'est plus une infraction pénale. Dans le même sens, il est également possible de noter le cas de la banqueroute qui était un crime avant l'ordonnance du 23 novembre 1958 et qui a fait l'objet d'une désescalade progressive jusqu'à sa dépénalisation par la loi du 25 janvier 1985. Dans ces hypothèses, le droit pénal a vu son champ d'application se réduire progressivement jusqu'à disparaître complétement du domaine concerné. Ceci illustre parfaitement une certaine mise à jour du principe de nécessité, par étapes, pour juger de l'utilité de recourir au droit pénal et du caractère nécessaire de ce dernier.

52. Le retrait total du comportement anciennement prohibé. Il s'agit de la forme la plus poussée de la dépénalisation puisqu'ici le comportement n'est plus considéré comme portant atteinte à une valeur sociale[187]. Ce n'est pas l'inutilité de la norme pénale qui ressort de ce schéma mais plutôt l'acceptation de l'ancienne atteinte, du comportement jusque-là prohibé. En d'autres termes, « la valeur protégée qu'elle a vocation à défendre ne se justifie plus »[188]. Pour un auteur, cette désincrimination dite « sèche » permet également de repenser la fonction globale du droit pénal au sein de la matière économique[189], où les exemples ne manquent pas. Ainsi, la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques a procédé à la suppression totale de plusieurs incriminations. En premier lieu, l'article L. 242-2 du Code

[187] J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « 1789 : un nouveau droit pénal est né », in *Etudes offertes à Pierre Jaubert, op. cit.*, p. 175.

[188] *La dépénalisation de la vie des affaires,* dir. J-M. COULON, *op. cit.,* p. 20.

[189] Y. MULLER, « La dépénalisation de la vie des affaires ou … de la métamorphose du droit pénal », *art. préc.*, p. 63.

de commerce a vu ses 1° et 2° abrogés pour ne concerner que la majoration frauduleuse des apports en nature. Ainsi, la fictivité des souscriptions, la simulation de souscription ou l'indication fausse de personnes attachées à la société sont désormais exclues du champ pénal[190]. Ensuite, la loi a abrogé le 3° de l'article L. 242-3 relatif à la négociation de promesses d'actions, l'article L. 242-22 à propos de l'amortissement des actions par tirage au sort ainsi que l'article L. 243-2 qui sanctionnait le gérant d'une société en commandite qui commençait les opérations avant l'entrée en fonction du conseil de surveillance. Sont enfin abrogées les dispositions relatives au défaut d'appel de fonds pour réaliser la libération intégrale du capital, l'émission d'obligations avant la libération intégrale du capital, mais également l'article L. 245-2 à propos de la distribution de prospectus ne mentionnant pas la signature du représentant qualifié de la société et l'article L. 245-6 relatif à la création de parts de fondateurs. La loi n° 2003-721 du 1er août 2003 a également procédé à diverses dépénalisations[191]. En premier lieu, l'article L. 241-1 du Code de commerce relatif aux fausses déclarations concernant la répartition des parts sociales, la libération des parts ou le dépôt des fonds a été modifié pour ne sanctionner que les omissions et non plus les simples inexactitudes. Le comportement anciennement prohibé est dès lors exclu du champ pénal[192]. Ce texte a été aujourd'hui totalement abrogé par la loi du 22 mars 2012[193]. Enfin, l'article L. 244-2 du Code de commerce, qui prévoyait une peine de 6 mois d'emprisonnement et 7 500 euros d'amende pour le dirigeant d'une SAS qui ne consultait pas les associés pour la nomination des commissaires aux comptes, l'approbation des comptes annuels et la répartition des bénéficies, est modifié. Dès lors, ces comportements sont exclus du champ pénal et les incriminations disparaissent. La loi n° 2003-706 du 1er août 2003, en son article 134, a opéré de multiples dépénalisations[194]. Tout d'abord s'agissant de la protection des actionnaires, la loi a supprimé l'incrimination de celui qui, pour participer au vote d'une assemblée, se présente faussement comme actionnaire. La dépénalisation s'est également étendue à l'article L. 242-11 concernant la non-convocation d'un actionnaire titulaire d'un titre nominatif, ainsi que le défaut de tenue d'une feuille de présence (art. L. 242-15, 1°). Dans tous ces cas, le législateur a eu le souhait d'exclure totalement les anciens comportements

---

[190] B. BOULOC, « Brèves remarques sur les aspects de droit pénal de la loi sur les nouvelles régulations économiques », *Rev. sociétés*, 2001, p. 645.

[191] L. n° 2003-721 du 1er août 2003 pour la simplification de l'économie, JORF du 5 août 2003, p. 13449.

[192] B. BOULOC, « La dépénalisation dans le droit pénal des affaires », *D.* 2003, p. 2492.

[193] L. n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, JORF du 23 mars 2012, p. 5226.

[194] L. n° 2003-706 du 1er août 2003 de sécurité financière, JORF du 2 août 2003, p. 13220.

prohibés du champ du droit pénal, sans y substituer une autre forme de répression, marquant son acceptation vis-à-vis de l'ancienne infraction. Ici, le droit pénal n'a plus été jugé nécessaire et s'est vu mis à l'écart par le biais de l'abrogation des incriminations.

2) La dépénalisation par l'autorité judiciaire

53. La dépénalisation *de facto*. La dépénalisation *de facto* est à opposer à la dépénalisation *de jure* vue précédemment[195]. Celle-ci intervient en dehors de toute action du législateur puisque « sans changement des textes répressifs, les réactions du système de justice pénale se raréfient et conduisent à éliminer l'application de ce qui ne paraît plus socialement nécessaire »[196]. Cette mise à l'écart du droit pénal en contradiction avec les textes alors en vigueur peut être effectuée tant par les autorités d'enquête et de poursuites qui refusent d'intervenir ou usent de leur pouvoir d'appréciation de l'opportunité des poursuites, que par les juridictions de jugement qui n'appliquent plus ou peu les dispositions considérées comme non nécessaires[197]. Ce mouvement de dépénalisation *de facto* porte une atteinte évidente au principe de légalité criminelle, intimement lié à celui de nécessité. Le pouvoir de créer, tout comme le pouvoir d'écarter une incrimination revient au seul législateur, titulaire du choix d'apprécier la nécessité. C'est pour cette raison qu'une dépénalisation par l'autorité judiciaire entraîne bien souvent des réactions négatives de la part de la doctrine qui appelle à l'intervention du législateur pour opérer lui-même la mise à l'écart du texte par la voie de l'abrogation.

54. La mise à l'écart du droit pénal par l'autorité judiciaire en matière économique. Pour justifier une désincrimination des mains du législateur, des auteurs avancent le faible recours à certaines incriminations par l'autorité judiciaire. En ce sens, certains auteurs ont pu reconnaître que des infractions étaient peu mises en œuvre[198], voire certains délits

[195] M. VAN DE KERCHOVE, *Le droit sans peine*, *op. cit.*, p. 323.

[196] R. KOERING-JOULIN et J.-F. SEUVIC, « Droits fondamentaux et droit criminel », *art. préc.*, p. 1.

[197] G. LEVASSEUR, « Le problème de la dépénalisation », *art. préc.*, n° 6, p. 53

[198] H. MATSOPOULOU, « Un premier regard sur la « dépénalisation de la vie des affaires » », *D.* 2008, p. 824.

« ignorés des parquets »[199]. Ainsi, le rapport COULON de 2008 présente en annexe[200] une série de tableaux recensant les apparitions d'infractions au Code de commerce, au Code de la consommation et au Code monétaire et financier entre 1995 et 2006. Plus précisément, chaque tableau présente le nombre de condamnations inscrites au casier judiciaire pour plusieurs infractions issues des codes précités. A l'examen de ces tableaux, il apparaît qu'une multitude d'infractions, allant de simples contraventions de troisième classe à des délits, n'a jamais fait l'objet d'une moindre condamnation pendant près de dix ans. A titre d'exemple, l'article L. 242-3 du Code de commerce punissant de peines délictuelles une négociation frauduleuse d'actions numéraires ou l'article L. 353-1 du Code monétaire et financier punissant de six mois d'emprisonnement et d'une amende de 7 500 euros des infractions en matière bancaire n'ont été à l'origine d'aucune condamnation pendant la période visée. Cette mise à l'écart par les juridictions est significative de l'absence de nécessité des infractions concernées, les magistrats ne souhaitant pas appliquer lesdites incriminations. Notons que cette absence de condamnation peut résulter d'un mouvement d'ensemble des autorités judiciaires, au stade de l'enquête ou du jugement. Il est donc certain qu'en droit pénal économique, de nombreuses infractions font l'objet d'une véritable dépénalisation de fait en contradiction avec leur maintien dans la législation positive et le principe de nécessité[201]. C'est cette mise à l'écart de fait qui a justifié une certaine jurisprudence à propos de la dépénalisation implicite en matière de publicité des comptes annuels.

55. La dépénalisation implicite de l'obligation de publicité des comptes annuels. Un arrêt de la Cour d'appel de Douai du 3 décembre 2004 a pu être interprété par une partie de la doctrine comme étant une illustration de la dépénalisation *de facto* en matière économique[202]. L'article L. 232-22 du Code de commerce impose à toute société à responsabilité limitée de déposer ses comptes annuels en vue de leur publication. Cette disposition se situait auparavant à l'article 44-1 du décret du 23 mars 1967. Cependant, l'article 53 du même décret qui prévoit la sanction du non-respect de l'obligation par une contravention de 5e classe n'a pas été modifié et continue de renvoyer à l'ancien article 44-1 du texte

[199] H. MATSOPOULOU et J.-H. ROBERT, *Traité de droit pénal des affaires*, PUF, coll. « Droit fondamental », 2004, n° 233.

[200] *La dépénalisation de la vie des affaires*, dir. J-M. COULON, *op. cit.*, p. 113.

[201] Cass. crim., 27 févr. 1978, *Bull. crim.* n° 63, *Rev. sociétés* 1978, p. 946, en matière de droit des sociétés.

[202] CA Douai, 4 déc. 2004, n°04/00834, *AJ pénal* 2005, p. 117.

réglementaire. La question qui se posait aux juges était donc de savoir si la sanction était toujours applicable, ne renvoyant plus au bon texte. Alors que le gouvernement s'était prononcé en faveur d'un maintien de la sanction pénale, les juges ont décidé que la contravention avait été en réalité abrogée *de facto*. Pour un auteur, il est possible de voir dans cette solution « la consécration de la volonté implicite du législateur de dépénalisation de l'absence de publicité des comptes sociaux »[203]. Dans ce cas, le juge se serait arrogé le pouvoir d'écarter la disposition pénale, réalisant une dépénalisation *de facto*. Evidemment, cette position s'avère être aisément critiquable dans la mesure où « la jurisprudence ne saurait anticiper la décision de l'autorité apte à créer ou supprimer la règle de droit »[204]. Néanmoins, la Cour d'appel de Douai semble justifier son arrêt du fait que le législateur avait prévu en la matière une procédure de référé-injonction depuis la loi du 15 mai 2001. Dès lors, il ne s'agirait non plus d'une dépénalisation pour acceptation du comportement prohibé mais d'une dépénalisation en vue d'une substitution par une autre branche du droit.

B - La dépénalisation par substitution

56. Le transfert de l'incrimination pénale vers un autre droit. Lorsque le comportement en cause n'est plus considéré comme une atteinte d'une gravité telle qu'il appelle l'application du plus dur des droits, il convient de se tourner vers une substitution au droit pénal. Cette situation se rencontre fréquemment en droit pénal des affaires où la valeur sociale est toujours d'un certain intérêt mais l'atteinte qui y est portée régresse en intensité, et ce d'autant plus que cette matière comporte de nombreux comportements involontaires et des délits-papier. Comme le souligne un auteur, « il y a donc peu d'exclusion du champ pénal sans technique de substitution »[205]. Afin de sanctionner une obligation qui ne requiert plus une sanction pénale, il est traditionnel de se tourner vers le droit commun (civil ou commercial) mais également, et de plus en plus, vers le droit administratif, notamment en matière de droit de la concurrence. Comme le relève un auteur, la dépénalisation par substitution s'inscrit dans « une évolution

---

[203] A. LIENHARD, « La publicité des comptes sociaux n'est plus sanctionnée pénalement », obs. sous Douai, 3 déc. 2004, *D.* 2005. p. 359.

[204] C. MASCALA, « Le défaut de dépôt des comptes annuels constitue toujours une infraction pénale », obs. sous Douai, 4 déc. 2004, *Bull. Joly* 2005, p. 481.

[205] C. GINESTET, « La dépénalisation du droit des sociétés ? », *art. préc.*, n° 46 p. 52.

générale du droit pénal des affaires qui tend à se retirer de domaines techniques et sensibles […] »[206]. Ce transfert vers le champ d'un autre droit est significatif du principe de nécessité en tant que frein à l'intervention pénale. Dans cette situation, le droit pénal n'apparaît plus nécessaire, plus utile, pour interdire un comportement qui demeure malvenu.

57. La dépénalisation en trompe-l'œil : le transfert au profit d'un droit commercial répressif. Dans de nombreux cas, les anciennes infractions pénales ont été l'objet d'un transfert vers le droit commun, qu'il soit civil ou commercial. Sévères par leur dimension fortement répressive, les sanctions civiles et commerciales ont vu leur domaine d'intervention augmenter à la suite des différentes lois de dépénalisation. Même s'il existe des sanctions civiles contractuelles, que l'on retrouve principalement en droit de la concurrence[207], comme l'inopposabilité des clauses illicites ou encore la dissolution[208], le mécanisme répressif le plus usité en la matière reste la nullité. En ce sens, la loi n° 2003-706 du 1er août 2003 a dépénalisé le non-respect des dispositions régissant les droits de vote attachés aux actions prévu à l'article L. 242-16 du Code de commerce et y a substitué le mécanisme de la nullité. Ainsi, un article L. 235-2-1 est introduit et prévoit que « sont nulles les délibérations prises en violation des dispositions régissant les droits de vote attachés aux actions ». La loi de 2003 a également abrogé les articles L. 242-18 et L. 242-19 du Code de commerce qui prévoyaient des peines délictuelles en matière de droit préférentiel de souscription des associés et a introduit un article L. 225-149-1 qui assure un mécanisme de nullité des décisions prises. Par ailleurs, l'émission d'obligations à lots sans autorisation[209] a été dépénalisée et fait dorénavant place à une nullité. Pour autant, la nullité ne recueille pas l'approbation unanime de la part de la doctrine qui y voit une source d'insécurité juridique[210], cette mesure n'a d'ailleurs été que très peu suggérée par le rapport Coulon. C'est pour cette raison que les lois postérieures ont modifié les dispositions existantes pour y introduire une nullité facultative en lieu et place d'une nullité de plein droit. Ainsi, l'ordonnance du 24 juin 2004 mais également la loi du 31 mars 2006 ont toutes deux substitué des nullités facultatives aux dispositions alors en vigueur. Cette dépénalisation réalise

---

[206] M. MALAURIE-VIGNAL, « Que reste-t-il de la dépénalisation voulue par les rédacteurs de l'ordonnance du 1er décembre 1986 ? », *C.C.C.*, n° 12, 1986, p. 24.

[207] Cf. la déchéance du droit aux intérêts (L. 311-33 C. consom.).

[208] Art. L. 223-2 C. com.

[209] Art. L. 245-10 C. com.

[210] H. MATSOPOULOU, « Un premier regard sur la « dépénalisation de la vie des affaires » », *art. préc.*, p. 824.

un vrai transfert du droit pénal vers le droit commercial, l'infraction n'existant plus au sein du droit positif. Néanmoins, le comportement anciennement incriminé fait toujours l'objet d'une répression qui certes, ne relève plus du droit pénal. Se différenciant plus nettement du droit répressif, le droit commun dispose aujourd'hui de mécanismes préventifs se substituant à la peine.

58. La dépénalisation aboutie : le transfert au profit d'un droit commercial préventif. Traditionnellement réservée aux autorités administratives indépendantes, l'injonction de faire est aujourd'hui une prérogative du juge privé en matière économique[211]. En ce sens, la loi du 15 mai 2001 a procédé à une série d'abrogations notamment en son article 122, moyennant un transfert au profit du droit commercial. La loi prévoit la création de la procédure d'injonction de faire, dévolue au juge commercial et aujourd'hui codifiée aux articles L. 238-1 et suivants du Code de commerce. Ces injonctions de faire offrent la possibilité de demander au président du tribunal de commerce qu'il ordonne la production de documents ou l'exécution d'une obligation. De plus, ces injonctions de faire peuvent être accompagnées d'une astreinte, mécanisme d'une efficacité réelle. Le mécanisme de l'injonction de faire est dès lors particulièrement approprié concernant l'inexécution d'une obligation. Aussi, la loi du 15 mai 2001 a prévu une injonction de faire concernant les documents à transmettre avant la tenue des assemblées générales dans les sociétés en nom collectif, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés anonymes ainsi que les documents communicables à tout actionnaire. La procédure d'injonction de faire est également étendue en matière d'assemblées d'obligataires et de liquidation[212]. La loi du 1er août 2003 a dépénalisé, pour l'ensemble des sociétés, l'incrimination liée à l'omission sur tous les documents, de l'indication de sa dénomination et de la mention du capital social. A la place, la loi a institué une injonction sous astreinte prononcée par le président du tribunal statuant en référé. La loi n° 2003-706 du 1er août 2003 a également instauré une procédure d'injonction à la place du mécanisme pénal en ce qui concerne le défaut de convocation des associés par le liquidateur[213]. Plus tard, le groupe de travail présidé par Monsieur Jean-Marie COULON en 2008 a très fortement fait référence à ce mécanisme

[211] S. JACOPIN, « Le recul de la sanction pénale ou la dépénalisation du droit moderne des affaires », in Actes du colloque le renouveau de la sanction pénale : évolution ou révolution ?, *op. cit.*, p. 63.

[212] B. BOULOC, « Brèves remarques sur les aspects de droit pénal de la loi sur les nouvelles régulations économiques », *Rev. sociétés*, 2001, p. 645.

[213] J.-H. ROBERT, « Dépénalisation saupoudrée », *Dr. pén.*, oct. 2003, comm. 14, p. 17.

d'injonctions de faire notamment en matière de droit des sociétés. Mécanisme innovant puisque préventif, la procédure d'injonction de faire se distingue nettement de la traditionnelle sanction pénale. Mais à côté d'un transfert au profit du droit privé, les différents mouvements de dépénalisation ont entendu substituer le droit administratif aux incriminations existantes.

59. La dépénalisation au profit du droit administratif. De nombreux domaines de l'économie ont vu des comportements répréhensibles passer du droit pénal au droit administratif, tel que fut le cas en matière de concurrence. Le droit de la concurrence relevait à l'origine exclusivement du droit pénal. Ainsi, les articles 41 et 50 des ordonnances n° 45-1483 et 45-1484 du 30 juin 1945 sanctionnaient les ententes et les abus de position dominante par une peine d'emprisonnement de 4 ans. Mais la matière a subi une importante vague de dépénalisation au profit du droit administratif. Ainsi, l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence a procédé à un important transfert, notamment en instituant une nouvelle autorité de régulation en la matière, le Conseil de la concurrence. En ce sens, de nombreux délits présents dans les ordonnances du 30 juin 1945 ont été abrogés et ont vu leur répression transférée à la matière administrative. Devenue l'Autorité de la concurrence en 2009, cette autorité de régulation a vu ses compétences progressivement renforcées notamment en matière répressive. Plus récemment, il convient de noter que le rapport COULON a proposé de dépénaliser l'ensemble des infractions visées par le titre IV du livre IV du Code de commerce, relatives à la transparence et aux pratiques restrictives de la concurrence, ainsi qu'aux modalités de vente et à la publicité. Cette dépénalisation serait accompagnée d'un transfert de ces dispositions dans le champ de compétence du Conseil de la concurrence. Cette situation illustre parfaitement l'absence de nécessité du droit pénal en la matière, voire son inutilité. Le comportement anciennement incriminé reste proscrit mais ce dernier sort du champ pénal pour rentrer dans le champ administratif.

Plus récemment, plusieurs lois sont dépénaliser certaines incriminations en substituant une amende administrative à la sanction pénale. Tel fut le cas de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 à propos de la non-justification du respect du délai de conclusion d'une convention de coopération commerciale[214] ou du non-respect des délais de livraison[215]. Dans le même sens, l'article L. 441-6, I du Code de commerce concernant les pratiques tarifaires s'est

[214] Art. L. 441-7 C. com.

[215] Art. L. 443-1 C. com.

vu dépénalisé par la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 au profit du droit administratif. Cependant, au-delà de ces cas où le droit pénal disparaît, où l'infraction pénale n'existe plus au sein du droit positif, il existe des hypothèses dans lesquelles le législateur a eu le souhait de le maintenir tout en y adjoignant une autre branche du droit.

§2 - LA DEPENALISATION PAR CONCURRENCE D'AUTRES BRANCHES DU DROIT EN MATIERE ECONOMIQUE

60. Une incrimination secondée et concurrencée. Outre le cas de la disparition de l'incrimination vu précédemment, le dépénalisation peut prendre une forme plus nuancée, où le droit pénal subsiste mais se voit concurrencé par d'autres droits. Il s'agit bien d'une forme de dépénalisation, le droit pénal voyant son champ réduit au détriment d'un autre droit. Cette situation se rencontre fréquemment en droit pénal des affaires, matière qui a connu un important développement du droit administratif notamment en raison de la multiplication des autorités de régulation, chargées de sanctionner les comportements répréhensibles. Il en est de même en matière fiscale, domaine dans lequel les mêmes agissements correspondent à des délits pénaux et sont également susceptibles de majorations administratives[216]. Même s'il s'agit bien d'une cohabitation entre le droit pénal et le droit administratif, cette situation n'a pas été concernée par le mouvement de dépénalisation. A l'inverse, dans de nombreux domaines, le législateur a fait le choix de maintenir le texte d'incrimination pénale mais d'y adjoindre un système de répression administrative. Cohabitent donc dans ces situations deux textes de nature différente pour des faits similaires. Dans ces cas, un même comportement est à la fois réprimé pénalement au sein d'un texte d'incrimination et par un texte d'ordre administratif (A). Cette dualité, en plus de contrarier le principe de nécessité, peut porter une atteinte grave au principe *non bis in idem* (B).

[216] Tel est le cas de la fraude fiscale prévue à l'art. 1741 du CGI.

A - L'intervention d'autres branches du droit en surplus de l'incrimination pénale

61. La cohabitation imparfaite : le cas du droit de la concurrence. Dans plusieurs domaines, un comportement relève à la fois d'une infraction pénale et de la répression administrative. A l'inverse, comme vu précédemment, le droit de la concurrence a subi une importante vague de dépénalisation par l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 au profit du droit administratif que l'Autorité de la concurrence est chargée de faire respecter. Néanmoins, au milieu de cette dépénalisation, le législateur a maintenu un délit pénal pour les pratiques anticoncurrentielles commises par les personnes physiques. Ainsi, l'article L. 420-6 du Code de commerce dispose qu'« est puni d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75 000 euros le fait, pour toute personne physique de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-2-2 ». Mais comme le texte d'incrimination l'indique lui-même, ce comportement est également de la compétence de l'autorité de régulation conformément aux articles du Code de commerce visés. En d'autres termes, le comportement de pratiques anticoncurrentielles commises par une personne physique se retrouve tant sanctionné par une incrimination pénale que par des dispositions d'ordre commercial. Alors que le principe de nécessité suggère une intervention limitée du droit pénal et tente d'éviter la prolifération législative, il est légitime de s'interroger sur la nécessité de prévoir deux textes pour un même comportement. Autre domaine touché par ce type de dépénalisation par cohabitation, le droit boursier maintient certains délits en plus d'une répression administrative dévolue à une autorité de régulation[217].

62. La réelle cohabitation : le cas du droit boursier. Initialement, les délits boursiers étaient de la compétence exclusive des juridictions pénales[218]. Mais dès l'ordonnance n° 67-833 du 27 septembre 1967, un système dualiste a vu le jour par la création de la Commission des opérations de bourse dont les prérogatives ont constamment évolué notamment par le biais de la loi n° 89-531 du 2 août 1989, lui accordant des pouvoirs de

---

[217] J.-H. ROBERT, « La dépénalisation », in *Archives de philosophie du droit*, T. 41, *op. cit.*, p. 197.

[218] L. n°70-1208 du 23 décembre 1970 portant modification de la loi 66-537 du 24 juill. 1966 sur les sociétés commerciales et de l'ordonnance n° 67-833 du 28 sept. 1967 instituant une commission des opérations de bourse et relative a l'information des porteurs de valeurs mobilières et à la publicité de certaines opérations de bourse, JORF du 24 décembre 1970, p. 11891.

sanctions. Cette autorité de régulation était dès lors compétente pour sanctionner des manquements à ses règlements, eux-mêmes constitutifs de délits pénaux. Par ailleurs, cette supplémentation du droit pénal par un droit administratif est symptomatique d'une dépénalisation de la part du législateur[219]. Depuis une loi du 1er août 2003, les manquements boursiers sont sanctionnés par l'Autorités des marchés financiers sur la base de son règlement. Ainsi, une même personne peut être l'auteur d'un comportement puni à la fois par le Règlement général de l'Autorité des marchés financiers ainsi que par le Code monétaire et financier. C'est notamment le cas concernant la manipulation de cours prévue à l'article L. 465-2 alinéa 1er du Code monétaire et financier et à l'article 631-1 du Règlement, ou du délit d'initié de l'article L. 465-1 du code précité et de l'article 622-2 du Règlement. On assiste dans ce domaine à une véritable cohabitation entre le droit pénal et le droit administratif, une même situation pouvant être jugée par les deux textes. Au regard de l'article 5 de la Déclaration de 1789, une telle dualité semble pourtant peu nécessaire.

63. La nécessité controversée du dualisme répressif. Comme vu précédemment, la suppression d'une incrimination est justifiée par son absence de nécessité. A cet instant précis, il n'apparaît plus nécessaire au législateur d'interdire pénalement tel comportement. Cependant, la question de la nécessité peut légitimement se poser lorsque l'on maintient le droit pénal en lui joignant une répression administrative, ce qui est une forme reconnue de dépénalisation. En effet, l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen recommande au législateur de n'interdire qu'avec modération et de n'avoir recours au droit pénal que dans les cas qui le nécessitent. Or, si un même comportement est en plus réprimé par la voie administrative, il est possible de douter de la nécessité du droit pénal en la matière. Si l'argument de la complémentarité des deux droits peut être avancé, n'est-il pas préférable d'adapter le droit pénal plutôt que d'y adjoindre une autre branche du droit ? Si l'on maintient le droit pénal dans ce domaine, c'est qu'il y a une valeur sociale à protéger et qu'il est considéré comme nécessaire. Outre cette contrariété au principe de nécessité des incriminations, la dualité répressive peut conduire à un cumul de poursuites, ce qui n'est assurément pas nécessaire.

[219] F. STASIAK, *Nature des autorités de régulation à pouvoirs répressifs et garanties fondamentales de la personne*, Thèse Nancy 1995, p. 24.

B - La conséquence d'une telle concurrence : le risque de cumul de poursuites en matière économique

64. Non cumul des peines et non cumul des poursuites. Avant toute chose, il est opportun de distinguer le principe de non cumul des peines du principe de non cumul des poursuites qui nous intéresse ici. Le principe *non bis in idem*, qui signifie littéralement « pas deux fois pour la même chose », déjà connu du droit romain, interdit qu'une personne déjà jugée définitivement pour un fait délictueux, le soit à nouveau pour le même fait[220]. Aussi, comme le rappelle Monsieur le Professeur Frédéric STASIAK, « il convient de ne pas confondre la règle *non bis in idem* avec celle du non-cumul des sanctions ». Plus précisément, il s'agit « d'une règle de forme qui prohibe l'exercice de deux actions répressives à l'égard d'une même infraction »[221]. Les développements à suivre s'attacheront donc à ce principe qui interdit le cumul de poursuites, le cumul de peines étant quant à lui étudié dans la partie consacrée au principe de nécessité des peines[222]. Le fait qu'un même comportement puisse être réprimé par deux actions différentes, comme c'est le cas en matière boursière ou de droit de la concurrence semble dès lors porter atteinte au principe *non bis in idem* dont il convient d'éclairer la portée et l'atteinte portée au principe de nécessité.

65. La portée du principe *non bis in idem* en droit positif et la contrariété avec le principe de nécessité des incriminations. Le principe de non cumul des poursuites est consacré par l'article 4 du Protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales en ces termes : « Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même Etat en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat ». La Cour de Strasbourg a eu l'occasion d'affirmer à de nombreuses reprises que ce principe s'applique également en dehors du droit pénal pour interdire le cumul avec une procédure administrative[223]. A l'opposé, le droit interne fait peu de cas du principe *non bis in idem*. Absent de la législation, ce dernier n'a pas de valeur constitutionnelle, les Sages se contentant de

---

[220] S. GUINCHARD, T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques 2016-2017*, *op. cit.*, p. 729.

[221] F. STASIAK, « Autorités administratives indépendantes (AAI) » ; *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale* ; févr. 2004, §2.

[222] V. infra n° 117 et s.

[223] CEDH, 10 févr. 2009, *Sergey Zolotoukhine c./ Russie*, req. n° 14939/03.

rappeler que « le principe de nécessité des délits et des peines ne fait pas obstacle à ce que les mêmes faits commis par une même personne puissent faire l'objet de poursuites différentes […] »[224]. Pourtant, il apparaît que le cumul de poursuites, fort critiqué par la doctrine[225], est issu d'un cumul textuel qui est en soi contraire au principe de nécessité des incriminations tel qu'édicté par l'article 5 de la Déclaration de 1789. En ce sens, un auteur a pu affirmer que « l'idée est d'une part que la nécessité de punir ne se rapporte qu'à une faute, et ne peut donc pas donner lieu à une pluralité de poursuites ; d'autre part que la décision devenue définitive épuise cette nécessité, soit en l'écartant, soit en lui apportant une juste satisfaction »[226]. Aussi, il ne serait pas nécessaire de recourir à deux poursuites, l'une épuisant la nécessité de l'autre. Cette solution est à rapprocher du cumul des textes puisque le législateur doit faire preuve de modération dans l'interdiction de comportements répréhensibles. Si l'on se réfère à l'économie du principe de nécessité des incriminations, le second texte ne serait pas nécessaire en raison de l'existence du premier. Pourtant, le cumul textuel et de poursuites continue d'être présent en matière économique même s'il est de plus en plus contesté.

66. Vers la fin d'une pluralité de poursuites en matière boursière. Comme vu précédemment, les infractions boursières font tant l'objet d'une répression pénale en ce qu'elles constituent des délits que d'une répression administrative conduite par l'Autorité des marchés financiers. Ainsi, un même comportement peut être poursuivi aussi bien devant le Tribunal de grande instance de Paris que devant la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers, ce qui assurément, porte atteinte au principe *non bis in idem*[227]. Vivement critiquée par la doctrine, cette dualité de procédures n'en était pas moins acceptée par la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation[228]. Néanmoins, un changement de position s'est opéré sous l'impulsion de la Cour européenne des droits de l'homme, notamment suite à un arrêt du 4 mars 2014, où la Cour a conclu à la violation du principe *non bis in idem* tel que prévu à l'article 4 du protocole n°7 en raison de faits identiques pénalement réprimés mais

---

[224] Cons. const., 28 juill. 1989, n° 89-260 DC.

[225] J. LASSERRE CAPDEVILLE, C. MASCALA et S. NEUVILLE, « Propositions doctrinales pour lutter contre l'atteinte au principe non bis in idem en matière financière », *D.*, 2012, p. 693.

[226] G. CHETARD, « La proportionnalité de la répression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *art. préc.*, p. 51.

[227] A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON, R. SALOMON, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°1078, p. 523.

[228] Cass. com., 8 juill. 2010, pourvois n° 09-71.252 et 10-10.965, *Dr. sociétés* 2010, comm. 232, obs. R. MORTIER.

également de manière administrative devant l'autorité de régulation boursière italienne[229]. Comme l'a souligné Monsieur le Professeur Frédéric STASIAK, cette solution ne pouvait « que conforter le sentiment de contrariété du système français de répression des abus de marché aux exigences de la Convention »[230]. Par la suite, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de se prononcer le 18 mars 2015 sur la conformité de la dualité des poursuites en matière boursière[231]. Pour les requérants, l'existence de deux procédures répressives porte atteinte au principe *non bis in idem*, et par voie de conséquence au principe de nécessité. Sans se référer au principe de non cumul des poursuites qui n'a pas valeur constitutionnelle, les Sages ont décidé de se concentrer sur le non cumul de peines pour déclarer inconstitutionnels les articles L. 465-1 et L. 621-15 du Code monétaire et financier. Dans ces conditions, le législateur était contraint d'intervenir pour instaurer un schéma de partage entre les répressions administratives et pénales. En ce sens, la loi du 21 juin 2016[232] est venue réformer ce système en instaurant un aiguillage devant éviter toute atteinte au principe *non bis in idem*. La loi prévoit en son article 2 une impossibilité pour le procureur de la République financier de mettre en mouvement l'action publique lorsque la notification des griefs a été faite par l'Autorité des marchés financiers pour les mêmes faits. Une disposition similaire est prévue à l'encontre de l'autorité administrative. En cas de conflit entre les deux acteurs, c'est au procureur général près la Cour d'appel de Paris d'arbitrer et de distribuer les dossiers entre l'autorité répressive ou l'autorité administrative[233]. Notons que le Conseil constitutionnel a validé ce système par une décision du 30 septembre 2016[234], la répartition de compétence étant également conforme au principe de nécessité, de l'avis de la doctrine[235]. Il résulte de ces développements que la dualité de procédure en matière boursière semble aujourd'hui révolue. En outre, il est intéressant de noter

---

[229] CEDH, 2e sect., 4 mars 2014, *Grande Stevens et autres c./ Italie*, req. nos 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10.

[230] F. STASIAK, « Une conception du juge pénal français difficilement conciliable avec celle de la Cour européenne des droits de l'homme », note sous CEDH, 2e sect., 4 mars 2014, *Grande Stevens et autres c./ Italie*, *RSC* 2014, p. 110.

[231] Cons. const., 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC, John L. et autres, *Rev. sociétés* 2015, 380, note H. MATSOPOULOU.

[232] L. n° 2016-819 du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché, JORF n°0144 du 22 juin 2016.

[233] P.-H. CONAC, « Loi n° 2016-819 du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché », *Rev. sociétés*, 2016, p. 469.

[234] Cons. const., 30 sept. 2016, n° 2016-572 QPC ; *Rev. sociétés*, 2017, p. 99, note C. CUTAJAR.

[235] J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Présentation succincte de la réforme du droit pénal financier », *AJ pénal*, 2016, p. 424.

que l'Autorité des marchés financiers a vocation à connaître des éventuels manquements boursiers avant le parquet national financier, ce qui laisse présager un fort recul du droit pénal en ce domaine. Dès lors, la procédure d'aiguillage posée par la loi du 21 juin 2016 marque une certaine dépénalisation en matière boursière, permettant de s'interroger sur la nécessité du maintien du droit pénal. Mais l'ancienne dualité procédurale boursière n'est qu'un exemple au sein de la matière économique et financière, si bien qu'on aurait pu croire à une extension de la solution à d'autres domaines. En réalité, le cumul de procédures a de beaux jours devant lui, notamment en matière fiscale.

67. Une dualité approuvée en matière fiscale. A l'instar des matières boursières ou concurrentielles, les infractions fiscales peuvent être réprimées par le biais d'une procédure administrative moyennant des majorations d'impôt et par le biais d'une procédure pénale pour les cas les plus graves. La question du respect du principe *non bis in idem* se pose assurément dans ce domaine notamment au regard des récentes évolutions en matière boursière qui ont conduit à l'aiguillage vu précédemment et la perte de terrain du droit pénal. En ce sens, la Cour européenne des droits de l'homme, dans un arrêt le 27 novembre 2014, a appliqué le même raisonnement qu'en matière d'abus de marché[236]. Elle a ainsi jugé contraire à l'article 4 du protocole n°7 le cumul de poursuites devant les autorités administratives fiscales et les autorités pénales, peu importe le prononcé ou non d'une sanction. On pouvait alors légitimement s'attendre à ce que cette décision influence la jurisprudence nationale dans un sens similaire à celui des infractions boursières. Par deux décisions du 30 mars 2016[237], la Chambre criminelle de la Cour de cassation a transmis des questions prioritaires de constitutionnalité au Conseil constitutionnel. Les requérants étaient poursuivis pour fraude fiscale devant les autorités fiscales et devant le juge répressif sur le fondement des articles 1729 et 1741 du Code général des impôts[238]. Le 24 juin 2016[239], le Conseil constitutionnel a rendu deux décisions concernant le cumul de ces procédures. Se fondant sur le principe de nécessité dans son considérant 21, le Conseil a considéré que « le principe de nécessité des délits et des peines ne saurait interdire au législateur de fixer des règles distinctes permettant l'engagement de procédures conduisant à

[236] CEDH, 27 nov. 2014, *Lucky Dev c./ Suède*, req. n° 7356/10.

[237] Cass. crim., 30 mars 2016, inédit, pourvoi n°16-90.005, *Bull. crim.* n°114 et pourvoi n°16-90.001, *Bull. crim.* n°113.

[238] M. BABONNEAU, « Le *non bis in idem* fiscal aux portes du Conseil constitutionnel », *D. act.* 31 mars 2016.

[239] Cons. const., 24 juin 2016, n° 2016-546 QPC et n° 2016-545 QPC.

l'application de plusieurs sanctions afin d'assurer une répression effective des infractions ». Il est intéressant de relever la référence au principe de nécessité des délits et des peines pour justifier l'existence d'un cumul de procédures qui, probablement, ouvriront sur un cumul de sanctions. Enfin, les juges de Strasbourg ont infléchi leur position par une décision du 15 novembre 2016 en décidant que les procédures pénales et fiscales étaient complémentaires[240]. Il ne fait nul doute que ces solutions sont guidées par la sensibilité de la matière fiscale, la fraude étant particulièrement combattue par les Etats. Contrairement à la répression boursière, le cumul de poursuites reçoit ici l'approbation du Conseil constitutionnel, de la Chambre criminelle de la Cour de cassation de longue date[241] et de la Cour européenne des droits de l'homme. Même si la matière fiscale dispose d'un certain aiguillage en ce sens que le juge pénal ne peut être saisi que sur plainte de l'administration, il n'en reste pas moins qu'un même comportement peut être poursuivi deux fois, portant une atteinte au principe de nécessité.

Le principe de nécessité, entendu comme obligation à la charge du créateur de normes, joue un rôle certain de modération et fixe les limites de l'intervention pénale dans la vie des affaires. Néanmoins, il est délicat de relever une quelconque sanction en cas de non-respect de cette obligation et la liberté du législateur s'avère grande en la matière. Or, son action n'est pas dépourvue de critiques et il s'est dès lors avéré opportun d'établir un contrôle du principe de nécessité des incriminations.

[240] CEDH, gr. ch., 15 nov. 2016, *A et B c./ Norvège*, req. n° 24130/11 et 29758/11.

[241] Cass. crim., 6 nov. 1997, *Bull. crim.* n° 379.

CHAPITRE 2

LE CONTROLE DU RESPECT DU PRINCIPE DE NECESSITE DE L'INCRIMINATION

68. Le législateur : un organe désormais sous contrôle. Parler d'un contrôle du principe de nécessité revient à parler d'un contrôle de l'action législative, ce qui n'est pas sans soulever diverses questions. Lorsque le principe de nécessité a été inséré au sein de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, les rédacteurs n'ont à aucun moment suggéré l'idée d'un contrôle sur le Parlement[242]. « Organe suprême de l'Etat »[243] jusqu'à la V^e^ République, le Parlement jouissait d'une totale liberté d'action, aujourd'hui remise en cause. Outre la question de l'existence d'un contrôle c'est également, et peut-être surtout, celle de son titulaire qui est la plus sensible. A qui confier le contrôle de la loi ? Dans un Etat où la séparation des pouvoirs est le socle de la Constitution, il est difficile d'imaginer une juridiction ou un organe de l'exécutif chargé de contrôler l'action du législateur et du respect du principe de nécessité. Un auteur a pu d'ailleurs affirmer que « seul, le Parlement parce qu'il exprime la volonté générale, a le pouvoir de décider de la nécessité d'une incrimination et de la sanction susceptible de lui être attachée. L'on aurait d'ailleurs tendance à penser qu'il s'agit d'un pouvoir absolu qui ne saurait être limité par le Conseil constitutionnel »[244].

La Constitution de 1958 est, de l'avis de l'ensemble de la doctrine, un acte restreignant particulièrement les pouvoirs du Parlement au profit de l'exécutif. C'est dans ce

---

[242] M. GANZIN, « La déclaration des droits de l'homme et du citoyen : droit naturel et droit positif », in *Les principes de 1789, op. cit.*, p. 111.

[243] R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, S. 1920. I. p. 224.

[244] M.-E. CARTIER, « Les principes constitutionnels du droit répressif », *art. préc*., p. 155.

schéma qu'a été créé le Conseil constitutionnel, organe juridictionnel chargé, notamment, de contrôler la conformité de l'œuvre parlementaire à la Constitution et plus tard au bloc de constitutionnalité dont fait partie le principe de nécessité. Cependant, la réalité est différente des prérogatives qui sont en théorie laissées au Conseil constitutionnel, ce dernier refusant de façon constante de s'immiscer dans l'action législative et effectuant en conséquence un contrôle minime sur le respect du principe de nécessité (Section 1). De manière plus surprenante, c'est un autre organe juridictionnel qui effectue un certain contrôle de la nécessité alors qu'un tel contrôle ne lui est pas réservé. Le juge ordinaire, par le biais de prérogatives qui lui sont reconnues, se charge, dans certains cas, d'un examen sur la nécessité des incriminations présentées devant lui. Ce contrôle par le juge ordinaire ne peut être qualifié que d'audacieux (Section 2) dans la mesure où ce dernier s'octroie des prérogatives qui ne sont traditionnellement pas les siennes, heurtant certains principes fondamentaux.

SECTION 1

LA TRADITIONNELLE FAIBLESSE DU CONTROLE EMANANT DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

69. Les prérogatives de contrôle de la loi du Conseil constitutionnel. Institué en 1958 en vue de contrôler la conformité de la loi avec la Constitution, le Conseil constitutionnel est le seul organe compétent pour effectuer cet examen. Les attentes en la matière sont donc particulièrement importantes, le principe de nécessité de l'incrimination ayant valeur constitutionnelle par intégration de la Déclaration de 1789 au bloc de constitutionnalité. En outre, ce principe étant absent de textes de valeur législative, le Conseil constitutionnel jouit d'une exclusivité en la matière. Bien que dotés du pouvoir et des prérogatives nécessaires, il ressort de leurs décisions que les Sages n'en usent pas pleinement en ce qui concerne le principe de nécessité des incriminations. Les Sages se refusent à toute immixtion dans l'œuvre parlementaire au nom d'un respect de la séparation des pouvoirs et se contentent d'un examen restreint de la nécessité de la disposition déférée devant lui. A juste titre, un auteur a pu affirmer que la question du contrôle de la nécessité de l'incrimination était délicate, celle-ci correspondant à « l'hypothèse d'un contrôle plus direct des choix législatif fait davantage d'appréciation d'opportunité »[245].

Ainsi, le contrôle opéré par le Conseil constitutionnel s'avère très faible, ce qui laisse au législateur une importante liberté dans le choix de l'incrimination (§1). Cependant, parler d'une absence totale de contrôle de la part du Conseil constitutionnel serait exagéré. Il

[245] B. DE LAMY, « Dérives et évolution du principe de la légalité en droit pénal français : contribution à l'étude des sources du droit pénal français », *Les Cahiers de droit*, V. 50, n°3-4, 2009, p. 605.

est vrai que ce dernier ne franchit pas la zone d'intervention qui est la sienne et refuse de remplacer l'appréciation du législateur par la sienne. Mais par le biais d'un contrôle détourné (§2), usant de techniques qui lui sont propres, le Conseil constitutionnel parvient tout de même à effectuer un certain contrôle et à écarter des dispositions qui lui semblent dépourvues de nécessité.

§1 - L'IMPORTANTE LIBERTE LEGISLATIVE DANS LE CHOIX DE L'INCRIMINATION EN MATIERE ECONOMIQUE

70. La liberté traditionnelle du législateur dans le choix de la norme pénale. Erigée en émanation parfaite de la volonté générale par les révolutionnaires de 1789, l'œuvre législative ne pouvait souffrir d'aucune contestation. Dès lors, il était inconcevable dans l'esprit des déclarants de confier le soin à une autorité tierce de contrôler l'action parlementaire. La vision qu'avaient les constituants de 1958 du législateur était tout autre, conduisant à la création cette même année d'un organe chargé de contrôler la loi et de limiter la prééminence du Parlement[246]. Le Conseil constitutionnel a dès l'origine été doté de pouvoirs lui permettant d'examiner la conformité des lois qui lui étaient soumises avec la Constitution, puis avec le bloc de constitutionnalité. Pourtant, bien que disposant des prérogatives nécessaires, le Conseil constitutionnel se refuse de longue date à tout empiètement sur le domaine du législateur, invoquant un respect strict du principe de séparation des pouvoirs (A). Néanmoins, il convient de relever de rares références faites par les Sages au principe de nécessité des incriminations (B).

A - Le refus du Conseil constitutionnel de contrôler le choix du législateur

71. La difficile conciliation entre le contrôle de la loi et le principe de séparation des pouvoirs. Force est de constater que l'œuvre du législateur n'est pas parfaite et qu'un

[246] L. FAVOREU et L. PHILIP, *Le Conseil constitutionnel*, PUF, coll. Que sais-je ?, 7e éd., 2005, p. 3.

contrôle sur l'action de ce dernier s'impose, contrairement à ce que pensaient les déclarants de 1789. Or, le contrôle d'une juridiction sur l'action parlementaire a connu et connaît encore aujourd'hui bien des réticences en France où l'on considère que ce contrôle peut porter une atteinte au sensible principe de séparation des pouvoirs, édicté à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen[247]. Ce principe de séparation des pouvoirs, issu de la méfiance des révolutionnaires à l'égard des parlements d'Ancien régime, s'oppose à ce que l'autorité judiciaire puisse s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif. Dès lors, le contrôle de la loi par un juge a pu être interprété comme une atteinte à la séparation des pouvoirs et a pendant longtemps été inconcevable. Cependant, ce contrôle de l'action législative par un organe juridictionnel participe à l'équilibre des pouvoirs et garantit par là une séparation des pouvoirs, une absence de contrôle de la constitutionnalité s'avérant aujourd'hui indispensable dans un Etat de droit[248]. Néanmoins, c'est bien à ce principe de séparation stricte des pouvoirs que se rattache traditionnellement le Conseil constitutionnel, lequel se montre frileux dans l'examen de la nécessité des incriminations.

72. La position du Conseil constitutionnel quant au contrôle de la nécessité des incriminations. Se conformant à une lecture stricte du principe de séparation des pouvoirs, le Conseil constitutionnel se refuse constamment à tout contrôle approfondi de la nécessité des incriminations en rappelant qu'il ne dispose pas « d'un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement »[249]. Comme a pu l'écrire à tort le commentateur des Cahiers du Conseil constitutionnel lors de la décision du 25 février 2010, « le principe de nécessité des peines n'implique pas un principe de nécessité des délits. En l'espèce, il était loisible au législateur, poursuivant le but de réprimer la violence en bande, de créer une infraction spéciale à cette fin »[250]. Il est évident que le Conseil constitutionnel se refuse à toute appréciation de l'opportunité de la mesure, ne souhaitant pas se substituer au Parlement. Dès lors, il apparaît difficile au Conseil constitutionnel d'exercer un contrôle sur la nécessité de l'incrimination « sans se substituer à la volonté souveraine du Parlement : celui-ci apparaît seul

[247] A. ROBLOT-TROIZIER, « Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *Pouvoirs* 2012/4 (n° 143), p. 91.

[248] *Ibid.*, p. 92.

[249] Cons. const., 15 janv. 1975, n° 74-54 DC.

[250] Comm. Cons. const., 25 févr. 2010, *C.C.C.*, n° 28, p. 3.

habilité à dire, dans une incrimination, ce qui est nuisible à la société […] »[251]. A l'opposé, un auteur a pu affirmer que cette absence de contrôle n'a pas lieu d'être au regard des textes de référence. Si l'on accepte la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dans le bloc de constitutionnalité, « il est inexact d'affirmer que le Parlement est seul habilité à dire ce qui est nuisible à la société. L'article 5 manifeste que les rédacteurs révolutionnaires ont entendu soumettre le législateur au respect de ce principe supérieur […] »[252]. Même si les constituants de 1789 ont effectivement eu le souhait de brider l'action parlementaire en la soumettant à une exigence de nécessité, il convient de constater que ceux-ci n'ont pas prévu un système de contrôle et n'ont pas créé l'institution chargée de cette prérogative. Ces derniers n'avaient envisagé aucune soumission du législateur au juge. Le principe de nécessité était alors perçu comme une règle supra-législative, s'imposant d'elle-même au législateur sans qu'il soit utile d'en forcer l'exécution. Dès lors, il apparaît que le législateur jouit d'une grande liberté pour interdire des comportements portant atteinte à une valeur d'ordre économique.

73. La suffisante condition de la poursuite d'un but légitime. On peut relever avec un auteur que pour le Conseil constitutionnel, « il suffit que l'objectif poursuivi par l'infraction soit jugé (très formellement) légitime, pour ôter toute borne à la créativité incriminatrice du législateur »[253]. Comme vu précédemment, les Sages se refusent à tout contrôle approfondi de la nécessité de l'incrimination, ces derniers se contentant en réalité d'étudier le but poursuivi par le législateur. Ainsi, la nécessité de l'existence de l'incrimination et la nécessité du recours au droit pénal ne sont pas en soi contrôlées. A ce titre, dans une décision du 22 septembre 2015, le Conseil constitutionnel a été amené à vérifier la conformité du premier aliéna de l'article L. 3124-13 du Code des transports punissant le fait de mettre en relation des clients avec des chauffeurs non professionnels d'une peine de deux ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende. Les Sages ont considéré « qu'en instituant l'incrimination prévue par les dispositions contestées, le législateur a entendu assurer le respect de la réglementation de l'activité de transport public particulier de personnes à titre onéreux » concluant à la constitutionnalité de la disposition[254]. Le contrôle s'avère ici très faible, la

[251] J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, coll. « Thémis droit », 6e éd., 2005, p. 121.

[252] O. CAHN, « Le principe de nécessité en droit pénal – thèse radicale », in *Le principe de nécessité en droit pénal, Actes de la journée d'études radicales du 12 mars 2012*, *op. cit.*, p. 21.

[253] V. SIZAIRE, « Mort et résurrection du principe de nécessité pénale : A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 10 février 2017 », *art. préc.*

[254] Cons. const., 22 sept. 2015, n° 2015-484 QPC, 10e consid.

nécessité de l'incrimination n'étant pas réellement étudiée. On le voit, le Conseil constitutionnel, qui dispose des moyens pour contrôler la nécessité des incriminations, ne le fait pas. Ce dernier n'a d'ailleurs pour l'heure jamais invoqué l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen pour examiner la nécessité d'une incrimination. Cependant, il serait inexact d'affirmer que le principe de nécessité reste totalement étranger de la fonction de contrôle du Conseil constitutionnel, ce dernier s'y référant à de rares occasions.

B - Les rares recours du Conseil constitutionnel à la nécessité des incriminations

74. La référence à la nécessité de l'incrimination. Alors que le Conseil constitutionnel se refuse à tout contrôle de nécessité fondé sur l'article 5 de la Déclaration de 1789, ce dernier a tout de même réalisé une référence indirecte au principe. Dans une décision du 25 février 2010, le Conseil constitutionnel s'est penché sur le « grief tiré de l'absence de nécessité du délit »[255], les requérants considérant que la nouvelle incrimination n'était pas nécessaire dans la mesure où d'autres qualifications pénales pouvaient être retenues. Plus précisément, la loi déférée prévoyait l'insertion au sein du Code pénal d'une infraction de participation à un groupe violent, comportement qui pouvait d'ores et déjà être réprimé sur d'autres fondements. Alors que la terminologie utilisée par les requérants renvoyait directement au principe de nécessité des incriminations, on pouvait légitimement s'attendre à ce que le Conseil constitutionnel suive la même voie. Malheureusement, pour valider la disposition légale, les Sages se sont référés au principe de nécessité des peines, ce qu'il faut regretter à double titre. Premièrement, étudier la nécessité d'une incrimination, et donc de l'intervention pénale, au prisme du principe de nécessité des peines issu de l'article 8 de la Déclaration est une grave confusion de la part du Conseil constitutionnel. Deuxièmement, on ne peut que relever avec déception que les Sages persistent à refuser de contrôler véritablement la nécessité de l'incrimination alors qu'ils y étaient amenés expressément. Une fois encore, ces derniers ne se fondent aucunement sur l'article 5 de la Déclaration de 1789 et n'explorent pas davantage la nécessité du délit, à l'instar des décisions ayant déclaré une disposition inconstitutionnelle.

[255] Cons. const. 25 févr. 2010, n° 2010-604 DC.

75. Le rejet d'une incrimination sur le fondement indirect du principe de nécessité. Il n'existe pour l'heure aucune décision d'inconstitutionnalité d'une incrimination basée sur le principe de nécessité issu de l'article 5 de la Déclaration de 1789. Néanmoins, deux décisions peuvent être mentionnées, à l'occasion desquelles le Conseil constitutionnel a rejeté une incrimination, opérant un véritable contrôle de nécessité. Lors de leur décision du 10 mars 2011, les Sages ont eu à se prononcer sur l'insertion dans le Code de commerce d'un article L. 443-2-1 punissant d'une amende de 15 000 euros « le fait, sans autorisation du producteur, de l'organisateur ou du propriétaire des droits d'exploitation d'une manifestation sportive, culturelle ou commerciale, d'offrir, de mettre en vente ou d'exposer en vue de la vente, sur un réseau de communication au public en ligne, des billets d'entrée ou des titres d'accès à une telle manifestation pour en tirer un bénéfice »[256]. Dans son 43e considérant, le Conseil constitutionnel conclut à la méconnaissance du principe de nécessité des délits et des peines par la disposition déférée et la déclare contraire à la Constitution au motif que les critères retenus par le législateur sont inappropriés à l'objet poursuivi. Il est intéressant de noter que le Conseil constitutionnel écarte véritablement la création d'une incrimination pour des raisons tenant à l'opportunité de la mesure au regard de l'objectif poursuivi et se réfère expressément au principe de nécessité des délits. Certes, il aurait été opportun de citer en ce sens l'article 5 de la Déclaration de 1789 afin d'établir un lien entre le principe et son siège textuel dans le bloc de constitutionnalité.

En outre, à l'occasion d'une décision du 16 juillet 1996, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur l'incrimination d'aide d'entrée sur le territoire de personnes soupçonnées de terrorisme[257]. Les députés et sénateurs requérants soutenaient que la disposition déférée incriminait un comportement qui pouvait déjà être poursuivi sur le terrain de la complicité. La création de l'incrimination serait dès lors contraire au principe de nécessité puisque la valeur sociale était déjà protégée par un texte équivalent. Eu égard à sa position traditionnelle, il était légitime de s'attendre à un refus de contrôle de la part du Conseil constitutionnel. Pourtant, les Sages, sans le nommer, ont apprécié la création de l'incrimination par le législateur. Se référant à l'article 8 de la Déclaration de 1789 plutôt qu'à l'article 5, le Conseil constitutionnel conclut à l'inconstitutionnalité de la norme en raison de l'existence de dispositions similaires déjà existantes. Comme le soulignent des auteurs, « malgré une motivation prudente, il est difficile

[256] Cons. const., 10 mars 2011, n° 2011-625 DC.

[257] Cons. const., 16 juil. 1996, n° 96-377 DC.

de ne pas voir là un réel contrôle de nécessité des incriminations »[258]. Même si le Conseil constitutionnel se refuse à tout contrôle fondé sur l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ce dernier se livre à une certaine analyse de l'incrimination par le biais d'un contrôle détourné.

§2 - LE CONTROLE DEGUISE EXERCE PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL

76. Un contrôle de constitutionnalité déguisé. Même si le Conseil constitutionnel se refuse à tout contrôle frontal de la nécessité de la loi, il peut réaliser un certain examen détourné ou indirect. Les Sages se réservent la possibilité de censurer une incrimination qui paraîtrait inutile en raison de l'existence d'une disposition similaire dans la législation positive. Ce contrôle, qui vise à limiter les infractions-doublons, est intimement lié au principe de nécessité en évitant qu'un même comportement puisse faire l'objet de deux incriminations dont l'une s'avère inutile (A). De plus, le Conseil constitutionnel dispose de nombreuses techniques de censure qui lui permettent d'opérer un examen déguisé et indirect de la nécessité des incriminations (B).

A - L'existence d'une double incrimination

77. La contrariété des infractions-doublons avec le principe de nécessité. Les infractions-doublons correspondent aux hypothèses où le législateur incrimine le même comportement par plusieurs textes différents. Cette situation est assez fréquente notamment en droit pénal des affaires, où les incriminations par renvoi sont nombreuses. La multiplication des incriminations pour des faits similaires a été particulièrement dénoncée par les membres du groupe de travail sur la dépénalisation[259]. L'atteinte au principe de nécessité est ici évident, ce dernier devant limiter et mesurer l'action pénale. Multiplier les textes d'incrimination pour le

[258] R. KOERING-JOULIN et J.-F. SEUVIC, « Droits fondamentaux et droit criminel », *art. préc.*, p. 1.

[259] *La dépénalisation de la vie des affaires*, dir. J-M. COULON, *op. cit.*, p. 56.

même comportement ne fait que souligner l'inutilité du second texte, ou, en d'autres termes, son absence de nécessité. Si le premier texte d'incrimination est nécessaire pour défendre une action nuisible à la société (et il est censé l'être), le second, identique, ne l'est pas. Comme l'a souligné Monsieur Jean-Marie COULON, « une pénalisation excessive, où le tout judiciaire pénal l'emporte, ne permet pas l'édification d'une pénalisation où le droit retrouverait tout son sens d'une valeur véritable »[260]. L'inflation législative que connaît le droit pénal des affaires a conduit le Conseil constitutionnel à se prononcer sur cette existence de double incrimination notamment au regard de leur nécessité.

78. La position du Conseil constitutionnel face aux doubles incriminations. Les Sages ont été amenés à plusieurs reprises à se pencher sur des dispositions faisant doublon, un même comportement étant incriminé par deux textes différents. Il convient tout d'abord de noter que le Conseil constitutionnel admet par principe la multiplication d'incriminations si le principe de proportionnalité de la peine est respecté[261]. Cette problématique fut également l'objet de leur décision du 28 juin 2013[262], à l'occasion de laquelle ces derniers ont dû se prononcer sur la perception frauduleuse de prestations d'aide sociale, incriminée par l'article L. 135-1 du Code de l'action sociale et des familles mais également par de nombreux autres articles du même code et du Code de la sécurité sociale[263]. Saisi initialement sur le fondement du principe de nécessité des peines, le Conseil constitutionnel a relevé d'office une atteinte au principe d'égalité devant la loi pénale. Ce dernier a conclu à une inconstitutionnalité de la disposition déférée qui faisait doublon avec d'autres textes en vigueur. Il est regrettable que le Conseil constitutionnel ne se fonde pas explicitement sur le principe de nécessité pour écarter une infraction-doublon et privilégie plutôt le principe d'égalité. Or, comme le souligne Madame le Professeur Valérie MALABAT, « c'est bien plutôt le principe de la nécessité des incriminations qui aurait dû guider son analyse et le conduire à sanctionner le principe même des doublons »[264]. Une fois encore, les Sages se refusent à tout contrôle frontal de la nécessité

---

[260] J.-M. COULON, « Les nouveaux champs de pénalisation, excès et lacunes », *Pouvoirs*, 2009/1, n° 128, p. 6.

[261] Cons. const., 12 janv. 2002, n° 2001-455 DC.

[262] Cons. const., 28 juin 2013, n° 2013-328 QPC.

[263] S. DETRAZ, « Inconstitutionnalité des incriminations doublons faisant l'objet d'une répression disparate », *Gaz. Pal.* 2013, n° 248, p. 12.

[264] V. MALABAT, « Les infractions inutiles, plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale Opinio doctorum*, dir. V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI, Dalloz, 2009, p. 74.

d'une disposition légale, ce qui serait pourtant bénéfique pour le droit positif et conforme aux prérogatives dont ils disposent. Néanmoins, si la fin justifie les moyens, la position du Conseil constitutionnel permet de mettre à l'écart une disposition pénale qui ne s'avère pas nécessaire.

79. L'impact du contrôle des infractions-doublons sur l'activité législative. Même si le Conseil constitutionnel ne se fonde pas explicitement sur l'article 5 de la Déclaration de 1789 et le principe de nécessité des incriminations, il ne fait nul doute que les infractions-doublons sont en contrariété avec les exigences du texte. Aussi, le législateur a pris conscience de cette atteinte au principe constitutionnel de nécessité pour supprimer, de sa propre initiative, les cas de doubles incriminations. Ainsi, la loi du 15 mai 2001 sur les Nouvelles Régulations Economiques a procédé à un toilettage en matière de fraude dans la constitution des sociétés. Avant cette loi, quatre infractions étaient prévues pour que finalement le législateur ne décide de n'en conserver qu'une seule, la surévaluation des apports en nature. Les trois autres infractions pouvaient caractériser les délits d'escroquerie ou de faux en écriture prévus respectivement aux articles 313-1 et 441-1 du Code pénal. Ces infractions ont donc été jugées inutiles, non nécessaires car créant un doublon avec des infractions de droit commun déjà existantes. Comme l'ont relevé à juste titre les auteurs du rapport COULON, cette intervention législative, en dehors de toute décision d'inconstitutionnalité, a été guidée par le principe de nécessité[265]. Dès lors, il est possible d'affirmer que même s'il s'agit d'un contrôle détourné de la part du Conseil constitutionnel, ce dernier influence l'œuvre législative sur les infractions qui ne sont pas nécessaires et dont l'importance doit être relevée.

B - Les techniques de contrôle détournées par le Conseil constitutionnel

80. Le contrôle portant sur la forme de l'incrimination. Le juge constitutionnel a déduit du principe de légalité posé par l'article 8 de la Déclaration de 1789 la « nécessité pour le législateur de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire »[266], exigence posée dès une décision du 18 janvier 1985[267]. Ici, le contrôle ne porte

[265] *La dépénalisation de la vie des affaires*, dir. J-M. COULON, *op. cit.*, p. 13.

[266] Cons. const., 19 et 20 janv. 1981, n° 80-127 DC.

[267] Cons. const., 18 janv. 1985, n° 84-183 DC.

pas directement sur les qualités de fond de la loi mais bien sur sa forme, sur ses qualités rédactionnelles. Pour Monsieur le Professeur Jacques-Henri ROBERT, à défaut de contrôler le contenu, le Conseil constitutionnel pourrait contrôler la forme de l'incrimination sans exercer un contrôle d'opportunité[268]. Le contrôle sur la forme permettrait dès lors de contrôler la nécessité du texte de façon masquée. Tel fut le cas lors d'une décision du 18 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises[269]. L'article 207, alinéa 1er, de la loi déférée prévoyait de punir « des peines prévues par le deuxième alinéa de l'article 408 du code pénal, tout administrateur, représentant des créanciers, liquidateur ou commissaire à l'exécution du plan qui se rend coupable de malversation dans l'exercice de sa mission ». Les requérants soulevaient une contrariété avec l'article 8 de la Déclaration de 1789 dans la mesure où les éléments constitutifs du délit de malversation n'étaient pas définis par la loi. En conséquence, les Sages ont déclaré la disposition non conforme à la Constitution pour défaut de définition claire et précise, exerçant un contrôle de l'infraction pénale. Même s'il est vrai que cette technique de contrôle permet de contourner le refus du Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur, il est difficile d'établir avec certitude que ce dernier entend réaliser un contrôle de la nécessité détourné, qui ne dispose pas de la force d'un véritable contrôle de la nécessité de l'incrimination fondé sur l'article 5 de la Déclaration. Néanmoins, l'hypothèse se devait d'être envisagée dans la mesure où une incrimination pénale peut être écartée car jugée non nécessaire sous couvert d'une rédaction non conforme au principe de légalité.

81. Les réserves d'interprétation. Assurément, la réserve d'interprétation est un outil permettant au Conseil constitutionnel d'être un acteur de la politique criminelle et d'exercer un contrôle sur la nécessité de l'incrimination[270]. Plus précisément, la réserve d'interprétation est une technique par laquelle le Conseil constitutionnel évite la censure d'une disposition en précisant l'application qui devra en être faite pour être conforme à la Constitution[271]. En dictant la marche à suivre pour éviter l'inconstitutionnalité, le Conseil constitutionnel agit positivement sur l'œuvre normative. Comme le souligne en ce sens Madame le Professeur Agnès ROBLOT-TROIZIER, « la formulation de réserves

[268] J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 121.

[269] Cons. const., 18 janv. 1985, n° 84-183 DC.

[270] C. LAZERGES, « Le rôle du Conseil constitutionnel en matière de politique criminelle », *C.C.C.*, 2009, n° 26.

[271] P. AVRIL et J. GICQUEL, *Lexique de droit constitutionnel*, PUF, collec. Que sais-je ?, 4e éd., 2013, p. 106.

d'interprétation est une manière de réécrire la loi, à tout le moins de participer à la confection de la norme législative »[272], ce qui permet aux Sages de s'immiscer indirectement dans l'action du législateur. A titre d'exemple, la réserve d'interprétation fut utilisée par les Sages à l'occasion du contrôle de la loi Perben II du 9 mars 2004 insérant le vol dans le champ d'application de la procédure dérogatoire[273]. Cette technique autorise alors un contrôle de nécessité avancé dans la mesure où le juge constitutionnel va plus loin que le simple examen de constitutionnalité en précisant ce qui est nécessaire. Cette action est à rapprocher de celle consistant à désigner la loi à appliquer.

82. La désignation de la loi applicable. De manière assez surprenante, le Conseil constitutionnel se réserve dans certains cas la possibilité de désigner la loi qu'il convient d'appliquer à la suite d'une décision d'inconstitutionnalité. Ainsi, dans une décision du 2 juillet 2010, les Sages ont été saisis à propos de la composition des tribunaux maritimes commerciaux[274]. Ces derniers ont jugé que la disposition prévoyant la composition de ces juridictions n'était pas conforme à la Constitution et sont allés plus loin que le simple constat d'inconstitutionnalité en affirmant que dès lors ces tribunaux devront être composés selon les dispositions générales de droit pénal. Aussi, cette jurisprudence témoigne d'une participation du juge constitutionnel à la fonction législative en substituant son propre choix à celui du Parlement concernant la disposition nécessaire[275]. Il convient néanmoins de noter que ces décisions restent assez rares et ne lient pas le législateur dans le choix de la norme nécessaire.

En définitive, l'action du Conseil constitutionnel sur le contrôle de la nécessité reste assez faible. Pourtant titulaire exclusif du pouvoir de contrôler la loi au regard des principes à valeur constitutionnelle, cet organe fait preuve d'une frilosité évidente en refusant tout contrôle d'opportunité sur le choix de l'incrimination. Cela dit, un certain examen de la nécessité existe mais reste trop timoré pour permettre une véritable mise à l'écart de la norme sur le fondement de l'article 5 de la Déclaration de 1789. A l'inverse, c'est le juge ordinaire qui, contre toute attente, procède à un contrôle de nécessité de la loi alors que cette prérogative ne lui appartient traditionnellement pas.

---

[272] A. ROBLOT-TROIZIER, « Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *art. préc.*, p. 96.

[273] Pour davantage de développements, V. infra n° 157.

[274] Cons. const., 2 juill. 2010, n° 2010-10 QPC.

[275] A. ROBLOT-TROIZIER, « Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *art. préc.*, p. 96.

SECTION 2

L'AUDACE DU JUGE ORDINAIRE DANS LE CONTROLE DE LA NECESSITE DES INCRIMINATIONS

83. L'étonnante prérogative de contrôle de la loi arrogée par le juge pénal. S'interroger sur les possibilités de contrôle de la part du juge ordinaire peut surprendre. Le juge était traditionnellement chargé, depuis 1789, d'appliquer la loi sans chercher à l'interpréter où à en examiner les qualités. Comme le souligne un auteur, le principe de légalité affirme « la prééminence de la loi sur la jurisprudence. Il appartient à la première et à elle seule de créer incriminations et peines ; la seconde est sans pouvoir »[276]. La perception du Parlement ayant fortement évolué depuis cette date, l'office du juge s'est lui aussi profondément mué. Il est dès lors reconnu au juge ordinaire un certain pouvoir d'appréciation sur les normes qu'il est chargé d'appliquer. Comme vu précédemment, le principe de nécessité n'est plus aujourd'hui une obligation uniquement à la charge du législateur. Ce dernier reste l'organe de principe pour créer une incrimination mais partage cette prérogative avec le pouvoir exécutif. C'est pour cette raison que le juge est parfois saisi aux fins d'application d'une incrimination prévue par un acte réglementaire, qu'il aura la possibilité de contrôler (§1). De manière plus inattendue, l'examen de la nécessité de l'incrimination par le juge ordinaire concerne également la loi (§2). Pourtant, la Cour de cassation refuse de manière traditionnelle tout contrôle de constitutionnalité sur la loi [277], compétence relevant exclusivement du Conseil constitutionnel. Cependant, le développement des normes internationales a permis au juge ordinaire de se réserver un certain

[276] J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Contrôle par le juge répressif de la nécessité de l'ingérence du législateur : problème de légalité pénale », *RSC* 2002, p. 592.

[277] Cass. crim., 5 nov. 2002, *Bull. crim.,* n° 200.

examen sur la loi, le contrôle de conventionalité, lequel s'est considérablement renforcé avec la Convention européenne des droits de l'homme qui impose une intervention strictement nécessaire de la norme pénale. Une dérive de ce contrôle peut s'apparenter à un contrôle de constitutionnalité, comportant, entre autres, un contrôle de la nécessité des incriminations.

§1 - LE CONTROLE DU REGLEMENT PAR LE JUGE PENAL

84. L'appréciation du règlement. Les actes réglementaires disposent d'une place importante en droit pénal des affaires dans la mesure où ces derniers peuvent créer une incrimination de nature contraventionnelle, ce qui est notamment le cas en droit de la consommation[278]. En ce sens, l'article 111-2 du Code pénal rappelle que le règlement détermine les contraventions, pouvoir se retrouvant fréquemment en matière économique telle qu'en matière commerciale ou de droit de la consommation. Dès lors, les contraventions sont souvent impliquées dans des cas de droit pénal des affaires et l'interprétation d'un règlement sera parfois déterminante pour l'issue du procès pénal. Ainsi, le juge pénal s'est vu autorisé à exercer un contrôle de légalité sur l'acte réglementaire au cours de l'instance (A) mais celui-ci, afin de ne pas empiéter sur le choix de l'exécutif, doit se garder de tout contrôle d'opportunité (B).

A - Le pouvoir de contrôler la légalité des actes réglementaires lors du procès pénal

85. Le contrôle des contraventions par le juge répressif. Très rapidement, le juge pénal a été autorisé à contrôler la légalité des actes administratifs en raison notamment de « la théorie de la plénitude de juridiction du juge pénal » développée par le Tribunal des conflits[279]. A partir de cette décision, le juge pénal a eu la possibilité de contrôler la légalité non seulement des actes administratifs servant de fondement à la poursuite mais également de tous les actes

[278] Pour des exemples, v. art. R. 121-14 et s. C. consom.

[279] T. Confl. 5 juill. 1951, *Avranches et Desmarets*, *Rec. Lebon*, p. 638.

invoqués pendant le procès. Cette possibilité de contrôler la légalité des actes réglementaires a été reprise dans le Code pénal à l'article 111-5 qui dispose que « les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis ». Ce contrôle de la légalité est d'autant plus important qu'il concerne les décrets par lesquels le gouvernement décide de créer de nouvelles incriminations par la voie des contraventions. En ce sens, et comme le souligne Monsieur le Professeur Bernard BOULOC, « les décrets par lesquels le gouvernement peut créer des contraventions n'ont pas la même autorité que la loi formelle. Ce ne sont en effet que des actes administratifs. Ils […] doivent être soumis au contrôle de légalité par le juge répressif, comme les autres règlements administratifs »[280]. Le domaine des contraventions étant particulièrement étendu en droit pénal des affaires, cette possibilité de contrôle de la légalité est importante, le juge pénal ayant vocation à connaître de nombreuses contraventions en matière économique. Ce dernier dispose donc du pouvoir de mettre à l'écart un acte réglementaire, confinant au contrôle de nécessité.

86. L'intensité du contrôle de légalité. Le contrôle de légalité est particulièrement large puisqu'il comprend non seulement un examen de la conformité du règlement avec la loi mais également avec la Constitution et donc au principe de nécessité. Mais cet examen de la légalité doit tout de même être nuancé. En premier lieu, le juge ordinaire use traditionnellement de la théorie de l'écran législatif pour refuser de contrôler la constitutionnalité d'un règlement. Selon cette théorie développée par le Conseil d'Etat, si une loi s'interpose entre l'acte administratif et la Constitution, contrôler ce dernier reviendrait à contrôler indirectement la constitutionnalité de la loi, ce à quoi se refusent les juges. Traditionnellement, ces derniers s'interdisent tout contrôle de constitutionnalité de la loi, activité réservée exclusivement au Conseil constitutionnel et se servent « du syndrome de l'écran législatif pour maintenir une certaine distance vis-à-vis de la Constitution […] »[281].

Ensuite, même si le tribunal considère un acte illégal ou inconstitutionnel et refuse d'en faire application[282], la disposition n'est pas annulée et demeure dans l'ordonnancement juridique, les juridictions administratives étant seules compétentes pour la supprimer. De plus,

---

[280] B. BOULOC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 128, p. 126.

[281] A. DERRIEN, *Les juges français de la constitutionnalité*, Bruylant, coll. Bibliothèque européenne de droit constitutionnel, 2003, p. 81.

[282] Cass. crim., 30 oct. 1989, *Bull. crim*. n° 357.

la décision de la juridiction répressive n'a qu'une autorité relative de chose jugée, un autre juge pénal pouvant déclarer l'acte conforme aux normes qui lui sont supérieures. A l'inverse, rien n'empêche qu'un jugement ultérieur déclare l'acte illégal en contradiction avec une décision antérieure[283]. Même limité dans ses effets, il n'en reste pas moins que le contrôle de légalité peut aboutir à vérifier la conformité d'une incrimination avec le principe de nécessité issu de l'article 5 de la Déclaration de 1789. Or, cette limite à l'examen de légalité est à rapprocher d'une autre caractéristique, qui est l'interdiction d'opérer un contrôle de l'opportunité de la décision réglementaire.

B - L'interdiction de dévier vers un contrôle d'opportunité

87. Le contrôle de la nécessité conduisant au contrôle d'opportunité. La loi des 16 et 24 août 1790 interdisait déjà aux tribunaux judiciaires de troubler les opérations de l'administration, ce qui justifiait la compétence exclusive du Conseil d'Etat pour connaître des recours en excès de pouvoir contre un acte réglementaire. Or, réserver la possibilité au juge pénal de s'interroger sur la légalité d'un acte administratif revient à s'interroger sur son opportunité. Cependant, la frontière entre la nécessité de l'acte et son opportunité est particulièrement mince, l'un pouvant dévier sur l'autre. Ecarter une incrimination jugée inopportune est assimilable à une absence de nécessité. C'est pour cette raison que la Chambre criminelle de la Cour de cassation s'autorise à contrôler que le juge pénal ne déborde pas sur une appréciation de l'opportunité de la norme qui lui est soumise.

88. Le contrôle de la Cour de cassation sur l'interdiction d'apprécier l'opportunité par le juge pénal. La Chambre criminelle de la Cour de cassation veille constamment à ce que les juges répressifs du fond n'apprécient pas l'opportunité de la mesure administrative. Ainsi, dans un arrêt du 20 mars 1980, la Haute juridiction a eu à juger de la conformité d'une mise à l'écart d'un acte réglementaire par le juge pénal[284]. Le cas d'espèce est caractéristique du lien entre nécessité et opportunité, puisqu'un tribunal de police avait refusé d'appliquer un arrêté ministériel interdisant la conduite de véhicule sans port de la

[283] Cass. crim., 18 juill. 1991, *Bull. crim.*, n° 301.

[284] Cass. crim., 20 mars 1980, *Bull. crim.* n° 97.

ceinture de sécurité, au motif que « la mesure édictée n'est pas opportune » puisque cette dernière « ne saurait poursuivre un but de sécurité publique ». Il apparaît clairement que la mise à l'écart de l'arrêté par le juge du fond relève d'une appréciation de sa nécessité, ce dernier s'étant fondé sur « les articles 4 et 5 de la Déclaration des droits de 1789 ». Pour le magistrat, la contravention édictée n'est pas nécessaire, ce qui est perçu comme un contrôle d'opportunité dans la mesure où l'autorité judiciaire a substitué son appréciation à celle du créateur de normes. La Chambre criminelle est venue rappeler l'interdiction d'apprécier l'opportunité d'un règlement par le juge répressif et a affirmé que « le tribunal, qui a cru pouvoir à tort se faire juge de l'opportunité de la mesure instituée, a excédé ses pouvoirs ». La cassation se justifiait aisément puisque les magistrats du fond se sont livrés à une véritable appréciation de la nécessité de la mesure, prérogative exclusive du pouvoir réglementaire dans la création des contraventions. Bien que le cas ne concerne pas directement le droit pénal des affaires, une telle solution est de portée générale et pourrait s'appliquer au domaine économique. Aussi, il ressort de cette jurisprudence que le juge pénal, même s'il dispose du pouvoir de contrôler la légalité d'un acte réglementaire, ne peut substituer son appréciation ni à celle du pouvoir exécutif, ni à celle du législateur.

§2 - LE CONTROLE DE LA LOI PAR LE JUGE ORDINAIRE

89. Le rôle du juge pénal dans le contrôle de la loi. Même si le contrôle de constitutionnalité reste exclu en ce qui concerne le juge répressif, ce dernier n'est pas dépourvu de tout pouvoir sur la loi. Outre le mécanisme de question prioritaire de constitutionnalité qui permet une certaine appréciation de la norme, le juge judiciaire est investi du pouvoir de contrôler la conformité des lois aux règles internationales. Ce contrôle de conventionalité permet à un auteur d'affirmer que « la soumission du législatif au contrôle du judiciaire, en totale contradiction avec notre tradition de séparation des pouvoirs, est un phénomène qui est aujourd'hui solidement ancré dans notre système juridique »[285]. Cette soumission est la conséquence, non pas d'un strict contrôle de conventionalité, mais d'une dérive vers un contrôle

[285] G. TILLEMENT, « Le contrôle de la nécessité des incriminations par le juge pénal », *Dr. pén.*, n°12, 2003, chr. 34.

de constitutionnalité. Tandis que par principe le juge pénal ne peut apprécier l'action législative (A), ce dernier s'est réservé ce qui s'apparente à un véritable contrôle de constitutionnalité par le biais du contrôle de conventionalité (B).

A - L'interdiction formelle de principe de contrôler la loi par le juge ordinaire

90. L'interprétation stricte de la loi pénale. A l'issue de la Révolution, le rôle du juge s'est vu réduit à une interprétation stricte de la loi, le magistrat étant qualifié par MONTESQUIEU de « bouche qui prononce les paroles de la loi ». Cette logique était parfaitement conforme avec la méfiance héritée des parlements de l'Ancien Régime et la philosophie des Lumières. Ainsi pour BECCARIA, les juges ne doivent disposer d'aucun pouvoir d'interprétation, ils sont chargés d'appliquer littéralement la loi pénale. C'est pour cette raison que dès 1790, il était interdit aux juges d'interpréter la loi et d'intervenir dans le processus législatif[286]. Encore aujourd'hui, l'article 111-4 du Code pénal dispose que « la loi pénale est d'interprétation stricte », ce qu'il convient de relativiser tant le juge pénal fait preuve d'une certaine liberté dans l'interprétation des lois[287], des interprétations par analogie pouvant même être relevées[288]. Même si l'office du juge a considérablement évolué depuis 1789, cette solution trouve encore aujourd'hui écho dans le refus formel des juridictions suprêmes d'effectuer un contrôle de constitutionnalité sur la loi.

91. L'interdiction du contrôle de constitutionnalité de la loi par le juge ordinaire. Depuis fort longtemps, et bien avant l'instauration du Conseil constitutionnel, les juridictions administratives[289] et judiciaires[290] se sont refusées à tout contrôle des qualités de la loi. En effet, en application notamment du principe de séparation des pouvoirs, il est difficilement concevable que le juge puisse se faire le contrôleur de l'œuvre législative. Dès

---

[286] Art. 10 et 12 de la loi des 16-24 août 1790.

[287] J. LEROY, « La qualification du fait et l'interprétation de la loi », in *Histoire et méthodes d'interprétation en droit criminel*, dir. F. STASIAK, Dalloz, 2015, p. 52.

[288] D. DECHENAUD, « Interprétation téléologique ou interprétation par analogie », in *Histoire et méthodes d'interprétation en droit criminel*, *op. cit.*, p. 137 et s.

[289] CE, sect., 6 nov. 1936, Arrighi, Lebon 966.

[290] Cass. crim., 11 mai 1833, Paulin, *S.* 1833. 1. 358.

lors, le contrôle de constitutionnalité échappe catégoriquement au juge ordinaire[291] qui doit se contenter d'un examen détourné et indirect s'il désire apprécier la disposition légale qui lui est soumise.

92. Vers un contrôle détourné par la question prioritaire de constitutionnalité ? La loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 a créé le mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité en ajoutant un article 61-1 à la Constitution qui dispose que « lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé ».

Ainsi, le juge ordinaire peut être saisi à tout moment de la procédure de cette question prioritaire de constitutionnalité et décide, de la transmettre ou non à la Cour de cassation ou au Conseil d'Etat. Dès lors, le juge ordinaire opère un examen sur la question qui lui est posée, ce qui revient indirectement à un certain contrôle de constitutionnalité[292]. Même très limité, le juge saisi apportera un premier regard sur la disposition en cause, une transmission à la juridiction suprême pouvant légitimement s'analyser en un doute sur la conformité du texte à la Constitution. A ce titre, il convient de noter que la Cour de cassation, à la différence du Conseil d'Etat, se livre à un examen très attentif et complet de la disposition et assure à certaines occasions une réelle analyse de la constitutionnalité pour refuser la transmission au Conseil constitutionnel[293]. Une étude approfondie de la constitutionnalité d'une disposition légale par rapport au principe de nécessité se retrouve ainsi fréquemment en ce qui concerne le cumul de procédures et de sanctions en matière fiscale. Dans une décision du 30 mars 2016, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a accepté de renvoyer une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel quand bien même celle-ci n'était pas nouvelle, après examen attentif des dispositions contestées[294]. Les juges ont par ailleurs justifié le renvoi en affirmant que « la question présente un caractère sérieux en ce qu'elle porte sur la

---

[291] G. ROYER, « Les préliminaires en droit criminel », *Archives de politique criminelle*, 2005/I (n° 27), p. 75.

[292] A. ROUX, « Le nouveau conseil constitutionnel. Vers la fin de l'exception française ? », *JCP* 2008. I. p. 175 ; G. DRAGO, « Exception d'inconstitutionnalité. – Prolégomènes d'une pratique contentieuse », *JCP* 2008. I. p. 217 ; A. ROBLOT-TROIZIER, « La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions ordinaires : entre méfiance et prudence », *AJDA* 2010, p. 80.

[293] Cass. crim., 7 mai 2010, inédit, pourvoi n° 09-80.774.

[294] Cass. crim., 30 mars 2016, *Bull. crim*. n° 113.

compatibilité des dispositions critiquées avec le principe de nécessité des délits et des peines ». A l'opposé, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a refusé de transmettre deux questions portant sur le délit de prise illégale d'intérêts et sa conformité au le principe de nécessité, au motif que celles-ci de présentaient pas un caractère sérieux dès lors que le législateur, en incriminant ledit comportement « a entendu garantir, dans l'intérêt général, l'exercice indépendant, impartial et objectif des fonctions publiques, de sorte que l'article critiqué ne porte atteinte à aucun des principes constitutionnels invoqués »[295].

Parfois cette analyse semble dépasser les prérogatives initialement réservées au juge ordinaire, lequel dispose en droit positif d'un véritable contrôle de la loi, par le biais du contrôle de conventionalité.

B - L'exception réservée par le contrôle de conventionalité

93. Le contrôle de conventionalité de la loi. Comme le souligne un auteur, « la défiance révolutionnaire a vécu »[296] et il est aujourd'hui réservé au juge ordinaire un pouvoir de contrôle sur les lois invoquées devant lui. L'article 55 de la Constitution permet au juge ordinaire d'opérer un contrôle de conventionalité de la loi, c'est-à-dire de vérifier la conformité de la loi avec les normes internationales. La Cour de cassation en 1975[297] puis le Conseil d'Etat en 1989[298] ont tous deux affirmé cette possibilité de contrôle. Cette possibilité est en réalité devenue une obligation dans la mesure où le Conseil constitutionnel[299] se refuse à réaliser ce contrôle et laisse le soin aux juridictions judiciaires[300] et administratives[301] de l'effectuer. Il faut reconnaître que les principes issus des normes internationales ont un contenu très proches de ceux contenus dans le bloc de constitutionnalité, si bien qu'un auteur conclut à juste titre que le contrôle de conventionalité apparaît être un équivalent au contrôle de constitutionnalité[302]. Ce

---

[295] Cass. crim., 19 mars 2014, inédit, pourvoi n° 14-90001 ; Cass. crim., 20 déc. 2017, inédit, pourvoi n° 17-81.975.

[296] A. GIUDICELLI, « Le principe de légalité en droit pénal français », *RSC* 2007. 509.

[297] Cass., ch. mixtes, 24 mai 1975.

[298] CE, ass., 20 oct. 1989, *Nicolo.*

[299] Cons. const., 15 janv. 1975, n° 74-54 DC.

[300] Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, *Bull. des arrêts Cour de Cassation Chambre mixte* n° 4.

[301] CE, ass., 20 oct. 1989, req. n° 108243.

[302] D. DE BECHILLON, « De quelques incidences du contrôle de la conventionalité internationale des lois par le juge ordinaire (malaise dans la Constitution) », *RFDA* 1998, p. 225.

constat est d'autant plus vrai à propos de la Convention européenne des droits de l'homme, qui sert de référence au contrôle de conventionalité exercé par le juge ordinaire et qui contient des principes clairement similaires à ceux de la Déclaration de 1789[303].

94. L'appréciation de la nécessité d'une incrimination par le juge répressif. La dérive d'un contrôle de conventionalité stricte vers un contrôle de constitutionnalité apparaît en ce qui concerne la conformité de dispositions légales internes avec la Convention européenne des droits de l'homme. Selon les juges de Strasbourg, les restrictions à un droit garanti, comme le droit de propriété[304], doivent constituer « des mesures nécessaires dans une société démocratique »[305]. Dès lors, le juge pénal s'autorise un pouvoir de contrôle sur la nécessité de la loi interne qui fonde les poursuites, eu égard aux atteintes qu'elle porte à la liberté conventionnellement garantie. Il convient de poser tout de suite une limite à cette prérogative de contrôle, ce dernier restant évidemment cantonné aux dispositions restreignant un droit garanti par la Convention, ce qui n'empêche pas la Chambre criminelle de la Cour de cassation de porter un regard sur la nécessité de l'incrimination et de l'écarter en cas de contradiction.

95. Le contrôle de nécessité exercé par la Chambre criminelle de la Cour de cassation. La Haute juridiction a eu l'occasion d'opérer ce contrôle de constitutionnalité déguisé[306] lors de plusieurs affaires pour lesquelles elle a soit écarté l'incrimination soit décidé d'en faire application au regard de sa nécessité. Ce type de contrôle a jusqu'à présent porté sur les infractions de presse mais un tel raisonnement sur le principe de nécessité mérite d'être étudié, son application au droit pénal des affaires étant envisageable.

Dès le 16 janvier 2001, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé l'article 2 de la loi du 2 juillet 1931 interdisant la publication de toute information relative à des constitutions de partie civile avant l'intervention d'une décision judiciaire non nécessaire et en a écarté l'application[307]. Cette solution est à relativiser dans la mesure où la Cour européenne des droits de l'homme avait quelques mois auparavant condamné cette disposition[308]. La Cour

---

[303] B. STIRN, Conclusions sur CE, ass., 21 déc. 1990, *RFDA* 1990, p. 1065.

[304] CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c./ Belgique*, Série A n° 31.

[305] CEDH, 7 déc. 1976, *Handyside c./ Royaume-Uni*, Série A n° 24.

[306] G. TILLEMENT, « Le contrôle de la nécessité des incriminations par le juge pénal », *art. préc.*

[307] Cass. crim., 16 janv. 2001, *Bull. crim.* n° 10 ; *Dr. pén*. 2001, comm. 91, note J.-H. ROBERT.

[308] CEDH, 3 oct. 2000, *Du Roy et Malaurie c./ France*, req. n° 34000/96.

de cassation a été plus loin dans un arrêt du 19 juin 2001, dans la mesure où les magistrats ont écarté une disposition en dehors de toute condamnation par les juges de Strasbourg[309]. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a dans cette affaire usé de son pouvoir d'interpréter une loi au regard de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'écarter pour absence de nécessité. Le cas d'espèce concernait l'infraction de recel du secret de l'instruction et sa nécessité au regard du principe de liberté d'expression prévu à l'article 10§2 de la Convention. Déjà les juges d'appel avaient fait une référence explicite à la nécessité de l'article 321-1 du Code pénal en considérant que « les limites auxquelles est soumise la liberté d'expression sont nécessaires ». Cette formule sera reprise à hauteur de cassation tant par les représentants du Ministère public que par les magistrats du siège. Cette jurisprudence en matière de recel se poursuivit à l'occasion d'une autre décision, où la Chambre criminelle de la Cour de cassation s'interrogea sur la nécessité de cette incrimination[310]. S'appuyant sur les similitudes entre les principes européens et constitutionnels, les juridictions répressives ont opéré dans ces décisions un véritable contrôle de la nécessité, en contradiction totale avec les pouvoirs qui leur sont conférés.

96. Critiques à l'égard du contrôle judiciaire de la loi pénale. Il est vrai que l'idée d'un contrôle du législateur par le juge répressif a de quoi surprendre au regard de la prééminence des principes de séparation des pouvoirs et de légalité criminelle. Pour un auteur, les juges, en refusant l'application d'une loi, se sont fait « juges de sa nécessité, refusant d'appliquer celle-ci si son besoin n'est pas estimé suffisant »[311], portant une atteinte importante au principe de légalité. Les juges ont pour vocation première l'application de la loi pénale sans pouvoir émettre un avis sur l'opportunité de l'incrimination. En aucun cas, il est vrai, les déclarants de 1789 n'avaient eu la volonté de confier le choix de la nécessité au juge judiciaire, l'obligation de respecter la nécessité ne s'adressant qu'au législateur[312]. Cette possibilité qui est désormais laissée au juge répressif de mettre à l'écart une disposition interne contraire à un texte international pourrait laisser entrevoir une certaine forme de ce que l'on nomme le « gouvernement des juges », ce que les constituants avaient souhaité éviter. En outre, force est

---

[309] Cass. crim., 19 juin 2001, *Bull. crim.* n° 149 ; *JCP* 2002.II.10064, concl. D. COMMARET et note A. LEPAGE.

[310] Cass. crim., 11 juin 2002, *Bull. crim.* n° 132.

[311] J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Contrôle par le juge répressif de la nécessité de l'ingérence du législateur : problème de légalité pénale », *art. préc.*, p. 592.

[312] *Ibid.,* p. 592.

de constater que le principe de nécessité a subi une profonde mutation, le contrôle du juge mettant en exergue les lacunes du législateur.

Cette problématique est d'autant plus justifiée que ce contrôle de conventionalité peut être perçu comme une véritable « abrogation judiciaire » incitant le parlement à légiférer par la suite. Ce fut notamment le cas à la suite d'un arrêt du 4 septembre 2001 à propos de l'article 11 de la loi du 19 juillet 1977 interdisant la publication de sondages dans la semaine précédant les élections[313]. Après la mise à l'écart de la disposition par les magistrats, le législateur est intervenu quelques mois plus tard pour modifier la législation[314].

[313] Cass. crim., 4 sept. 2001, *Bull. crim*. n° 170.

[314] L. n° 2002-214, 19 févr. 2002, art. 5 modifiant L. n° 77-808, 19 juill. 1977, art. II.

CONCLUSION TITRE 1

97. Au regard de ces premiers développements, deux constats peuvent être effectués à propos du principe de nécessité des incriminations. Dans un premier temps, ce principe reçoit aujourd'hui une application en décalage avec celle qui lui est originellement réservée. Principe fondateur d'un droit pénal libéral et moderne succédant au système juridique de l'Ancien régime, il est aujourd'hui fortement mise l'écart. Mis à l'écart au premier chef par celui à qui il s'impose, le créateur de normes, il l'est également par la doctrine et le droit positif. On peut regretter que ce principe fondamental, qui pose les bases de l'intervention pénale ne soit pas davantage mis en avant et respecté par le créateur de norme. Pour parvenir à un droit pénal clair et cohérent, en matière économique, il conviendrait de revenir à une conception traditionnelle du principe.

98. Dans un second temps, cette perte d'influence du principe de nécessité des incriminations peut s'expliquer par un manque de contrôle opéré par le Conseil constitutionnel, seul organe habilité à l'exercer et disposant des pouvoirs le lui permettant. Dès lors, comme le souligne un auteur, « face à l'absence de pouvoir du juge ordinaire et à l'intervention prudente du Conseil constitutionnel, le pouvoir du législatif d'incriminer apparaît sans véritable limite »[315]. En outre, il serait opportun que le Conseil constitutionnel, qui dispose des prérogatives en la matière, opère un véritable contrôle des incriminations et n'hésite pas à fonder ses décisions sur l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

[315] R. PARIZOT, « Pour un véritable principe de nécessité des incriminations », in *Mélanges en l'honneur de Christine LAZERGES, op. cit.,* p. 251.

Cependant, la nature duale du principe de nécessité laisse entrevoir l'espoir d'une plus large application de ce principe en ce qui concerne son aspect non plus normatif mais répressif.

TITRE 2

LE PRINCIPE DE NECESSITE DE LA REPRESSION EN DROIT PENAL DES AFFAIRES

99. Le principe de nécessité de la répression et le principe de la nécessité des peines. Alors que l'on s'attache traditionnellement au principe de nécessité des peines, il ne faut pas perdre de vue que ce principe irrigue l'ensemble de la répression pénale et pas seulement la peine prise au sens strict. En ce sens, la notion de répression s'entend comme l'ensemble des mécanismes permettant de sanctionner la violation d'un comportement prescrit par une incrimination et comprend dès lors évidemment la sanction mais également la procédure qui précède son prononcé. Au-delà du choix de l'incrimination nécessaire, le principe de nécessité concerne l'ensemble du procès pénal jusqu'à l'application de la sanction en passant par les mesures assurant la recherche probatoire et l'arrestation du délinquant.

Ainsi, peut être dégagé un principe de nécessité de la sanction, s'appliquant en premier lieu à la peine *stricto sensu* mais également aux autres sanctions à caractère punitif (Chapitre 1). Ce principe, davantage reconnu et utilisé dans la jurisprudence constitutionnelle aura vocation à irriguer l'ensemble de la matière pénale.

De l'autre côté, le principe de nécessité s'applique aussi aux mesures qui ne sont pas des sanctions ayant le caractère d'une punition (Chapitre 2) mais qui participent à la répression. Il s'agit, de manière générale, des mesures procédurales et notamment celles d'enquête et d'instruction. Ici encore, le principe de nécessité vise la modération et s'insérera dans une vision large de la matière pénale.

CHAPITRE 1

LE PRINCIPE DE NECESSITE DE LA SANCTION

100. Les caractères de la sanction. La sanction doit être appréhendée comme comprenant la peine pénale *stricto sensu* mais également les mesures à caractère répressif. A l'origine, la matière pénale a été révélée par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt Öztürk[316]. D'après la Cour, le principe de nécessité s'étend à l'ensemble des sanctions pouvant présenter le caractère d'une punition, qu'elles soient prononcées par une autorité administrative ou judiciaire[317]. Alors qu'il était chargé d'étudier le principe de proportionnalité, le Conseil constitutionnel a à son tour précisé les contours de la matière pénale[318]. Les Sages ont souligné à cette occasion que le principe de nécessité des peines tel qu'énoncé à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen « ne concerne pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étend à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire »[319]. Avant d'envisager si une mesure respecte le principe de nécessité, le Conseil étudiera s'il s'agit d'une sanction ayant le caractère d'une punition. Tel est le cas dans une décision du 13 janvier 2012 à propos de la cotisation spéciale supplémentaire prévue par l'article 235 bis du Code général des impôts[320]. Le Conseil a ainsi jugé qu'il ne s'agissait pas d'une punition mais d'une contribution financière qui, dès lors, n'est pas soumise aux principes

---

[316] CEDH, 21 févr. 1984, *Öztürk c./ Allemagne*, req. n° 8544/79.

[317] CEDH, 9 févr. 1995, *Welch c./ Royaume-Uni*, §28, *RSC* 1996, 470, obs. R. KOERING-JOULIN.

[318] Cons. const., 30 déc. 1987, n° 87-237.

[319] Cons. const., 30 déc. 1987, n° 87-237, 15e consid.

[320] Cons. const., 13 janv. 2012, n° 2010-84 QPC.

fondamentaux attachés à la peine et n'a donc pas à respecter le principe de nécessité. C'est également ainsi que le Conseil constitutionnel a reconnu le pouvoir de sanction de la Commission des opérations de bourse[321] et du Conseil supérieur de l'audiovisuel[322] à condition que « soient respectés les principes de nécessité et de légalité des peines […], principes applicables à toute sanction ayant le caractère d'une punition ». De même, les pénalités fiscales ont été regardées comme des sanctions ayant le caractère d'une punition et non comme de simples réparations en raison de leur finalité essentiellement répressive[323].

Au-delà d'un champ particulièrement large, le principe de nécessité de la sanction présente également une dichotomie entre d'une part la nécessité de la sanction théoriquement encourue (Section 1) et d'autre part la nécessité de la sanction effectivement prononcée (Section 2). Le principe de nécessité aura ainsi vocation à intéresser le créateur de norme dans son choix de la sanction nécessaire à attacher à l'incrimination mais également l'autorité chargée de l'appliquer dans un cas d'espèce particulier.

[321] Cons. const., 28 juill. 1989, n° 89-260 DC, 6e consid.

[322] Cons. const., 27 juill. 2000, n° 2000-433, 48e à 52e consid.

[323] CE, avis Sect., 31 mars 1995, *SARL Auto-Industrie Méric*, n° 164008.

SECTION 1

LE PRINCIPE DE NECESSITE ET LA SANCTION ENCOURUE

101. Le choix abstrait de la sanction. La sanction encourue peut être définie comme le « tarif impersonnel attaché à un acte abstraitement défini »[324]. C'est donc ici au législateur, lorsqu'il édicte une sanction, d'en apprécier la nécessité[325]. Cette étape se concentre sur l'œuvre législative, au moment du choix de la sanction attachée à l'incrimination. Pour cela, le législateur est soumis à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen dont deux lectures peuvent être réalisées. La première lecture s'attache à la nécessité de la sanction en elle-même. Le principe de nécessité est dans ce cas une exigence de qualité. En tant que guide dans l'action du créateur de la sanction, le principe de nécessité doit lui permettre d'être certain que l'existence d'une sanction s'impose ainsi que de choisir le type de sanction approprié (§1). La seconde lecture du texte fait référence aux idées de BECCARIA et de MONTESQUIEU[326], en ce que les peines établies par la loi ne doivent pas dépasser en sévérité ce qui est strictement et évidemment nécessaire. Cette vision se rattache au principe de proportionnalité, traditionnellement issu du principe de nécessité et repris notamment par la Cour européenne des droits de l'homme qui décide qu' « une peine nettement disproportionnée peut, à la date de son imposition, être qualifiée de mauvais traitement contraire à l'article 3 »[327].

---

[324] J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 389.

[325] E. BONIS-GARCON et V. PELTIER, *Droit de la peine*, LexisNexis, coll. « Manuel », 2e éd., 2015, n° 279, p. 131.

[326] MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois, Galliard* 1995, liv. VI, chap. XVI.

[327] CEDH, 17 janv. 2012, *Harkins et Adwards c./ Royaume-Uni*, req. n° 9146/07 et 32650/07, § 133.

Dans ce cas, l'exigence porte davantage sur une appréciation quantifiée de la sanction, sur son quantum, une peine excessive ne pouvant être regardée comme nécessaire[328] (§2).

§1 - LA NECESSITE DE L'EXISTENCE DE LA SANCTION ELLE-MEME

102. La nécessité de la sanction au sein de l'arsenal répressif. Le choix de la sanction nécessaire relève, comme pour l'incrimination, de la politique criminelle qui est une prérogative propre du créateur de norme. Conformément à l'esprit des Lumières et par la suite des révolutionnaires, le titulaire du droit de choisir la sanction ne peut appartenir qu'au représentant de la Nation, c'est-à-dire au Parlement. C'est à ce dernier que revient normalement le choix d'édicter la sanction qu'il souhaite intégrer dans le droit positif (A). Cette liberté d'action réservée au pouvoir législatif est d'autant plus forte que seul un contrôle minime est opéré sur le choix de la sanction (B).

A - Le choix de la sanction nécessaire

103. Le titulaire traditionnel du choix de la sanction nécessaire. Placée au centre des préoccupations des philosophes des Lumières, la Loi ne peut être que seule compétente pour déterminer la sanction nécessaire. Ainsi, le titulaire du choix de la sanction apparaît en réalité être également le titulaire du droit de punir. Pour BECCARIA, « ce pouvoir ne peut résider qu'en la personne du législateur, qui représente toute la société unie par un contrat social »[329]. De par sa légitimité populaire, le Parlement semble donc être la seule entité capable de détenir le droit de punir et par conséquent de juger de la nécessité de la sanction. Comme le souligne Monsieur le Professeur François ROUSSEAU « ce lien entre nécessité et droit de punir résulte du contrat social »[330]. Ce contrat social, par lequel les hommes limitent volontairement

---

[328] J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « 1789 : un nouveau droit pénal est né », in *Etudes offertes à Pierre Jaubert*, *op. cit.*, p. 173.

[329] C. BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, *op. cit.*, ch. III, p. 65.

[330] F. ROUSSEAU, « Le principe de nécessité. Aux frontières du droit de punir », *RSC* 2015, p. 257.

leur liberté en échange de la protection étatique, fonderait alors la détention par le législateur du pouvoir de la nécessité. Intimement lié au principe de légalité, le principe de nécessité de la peine conforte la place prédominante du législateur dans l'appréciation de cette nécessité. Néanmoins, et quelque peu à l'encontre de la pensée révolutionnaire, le titulaire actuel du choix de la sanction nécessaire ne correspond plus à celui énoncé dans la Déclaration de 1789.

104. Le titulaire actuel du choix de la sanction nécessaire. Classiquement, le droit positif réserve une place déterminante à la Loi, et donc au législateur, dans le choix de la sanction en tant que titulaire du droit de punir[331]. L'article 34 de la Constitution de 1958 dispose que la loi fixe les règles concernant « la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables […] ». Même s'il s'agit de la règle de principe, celle-ci souffre d'exceptions[332].

Il convient de relever qu'à côté du législateur, le pouvoir réglementaire dispose de la faculté de juger de la nécessité de certaines sanctions. Dans ce sens, l'article 111-2 du Code pénal rappelle la ligne de partage entre la loi et le règlement en ces termes : « la loi détermine les crimes et délits et fixe les peines applicables à leurs auteurs. Le règlement détermine les contraventions et fixe, dans les limites et selon les distinctions établies par la loi, les peines applicables aux contrevenants ». L'atteinte portée à la toute-puissance traditionnelle de la loi appelle quelques précisions. Tout d'abord, le législateur reste seul compétent pour prévoir le type le plus grave de sanction, la peine privative de liberté[333]. Sa compétence est également exclusive s'agissant des peines criminelles et correctionnelles. En revanche, la compétence sera partagée avec le pouvoir réglementaire en ce qui concerne la matière contraventionnelle. D'un côté, le législateur reste exclusivement compétent pour fixer la catégorie des contraventions et pour déterminer la nature et le quantum maximal des peines contraventionnelles[334]. D'un autre côté, le pouvoir réglementaire pourra déterminer quelles peines sont encourues pour chaque infraction. Enfin, précisons que le « règlement » auquel se réfère l'article 111-2 du Code pénal est nécessairement un décret puisque selon l'article R. 610-1 du Code pénal, les contraventions sont déterminées par décrets en Conseil d'État.

---

[331] Pour une étude sur le titulaire du droit de punir, v. L. DE GRAEVE, *Essai sur le concept de droit de punir en droit interne*, *thèse préc.*, n° 117, p. 93 et s.

[332] M. BERTRAND, « La part de la loi, la part du règlement. De la limitation de la compétence réglementaire à la limitation de la compétence législative », *Pouvoirs* 3/2005, p. 73-87.

[333] Cons. const., 28 nov. 1973, n° 73-80 DC.

[334] Art. 131-12 et s. et 131-40 et s. C. pén.

Même si la loi reste l'acteur majeur de la politique répressive et notamment du choix des sanctions nécessaires, force est de constater que le pouvoir exécutif dispose de prérogatives en matière contraventionnelle fort présente en matière économique. Ce dernier peut en effet déterminer la peine applicable à une contravention et par là opérer un jugement sur la nécessité de la sanction. Il est certain que la prérogative de la nécessité n'avait pas pour vocation initiale à se retrouver entre les mains de l'exécutif. Que ce soit le législateur ou le pouvoir réglementaire, ces autorités devront juger de l'opportunité de telle sanction en ayant recours aux critères de la nécessité.

105. Les critères de la sanction nécessaire. A l'instar de la détermination du titulaire de la nécessité, la pensée originelle concernant ses critères a également évolué. Il est aisé de relever aujourd'hui une différence entre la nécessité vue en 1789 et la nécessité contemporaine[335]. Conformément à la philosophie des Lumières, le tarif applicable à un comportement infractionnel donné devait être fonction de la gravité de son résultat dommageable[336]. Le législateur, lorsqu'il choisit la peine applicable à tel comportement prohibé, doit dès lors s'attacher aux effets négatifs qui en découlent théoriquement. La sanction, en tant que réponse à une atteinte, doit s'attacher pleinement à l'action qu'elle entend condamner.

A l'inverse, le législateur moderne calque davantage la nécessité de la sanction sur les buts qu'elle prétend atteindre[337]. Il est facile d'illustrer cette différence d'appréciation de la peine nécessaire en matière économique. Par exemple, le vol, qu'il porte sur un bien de grande valeur ou sur un bien modique, sera théoriquement puni de la même manière[338]. Les buts contemporains de la sanction étant la réinsertion mais également et surtout la lutte contre la récidive, sa nécessité est alors fonction de ses objectifs. En d'autres termes, la peine nécessaire serait celle qui permet de favoriser l'amendement et la réinsertion du condamné. Cette nécessité

---

[335] G. CHETARD, « La proportionnalité de la répression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *art. préc.*, p. 51.

[336] A. DARSONVILLE, « Les sanctions pénales », in *Le principe de nécessité en droit pénal, Actes de la journée d'études radicales du 12 mars 2012*, dir. O. CAHN et K. PARROT, LEJEP, 2014, p. 99.

[337] Notamment tels qu'édictés par l'article 130-1 du Code pénal : « Afin d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime, la peine a pour fonctions :

1° De sanctionner l'auteur de l'infraction ;

2° De favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion ».

[338] Art. 311 -3 C. pén.

en fonction des buts se retrouve dans la décision des 19-20 janvier 1981 où le Conseil constitutionnel a affirmé que la nécessité des peines n'avait pas à être « appréciée du seul point de vue du condamné », ce qui permet de prendre en compte la nécessité de la peine du point de vue de la société entière. Dans le même sens, Michel FOUCAULT affirmait que « trouver pour un crime le châtiment qui convient, c'est trouver le désavantage dont l'idée soit telle qu'elle rende définitivement sans attrait l'idée d'un méfait »[339]. Dès lors, la peine nécessaire serait celle qui dissuade au mieux le délinquant[340].

Ce changement de critères relève qu'à l'origine la sanction nécessaire était celle tournée vers le passé, qui s'imposait en tant que rétribution tandis que la sanction nécessaire moderne est davantage portée vers l'avenir. Le choix de la sanction nécessaire, qui doit se réaliser à l'aune des critères précités, relève de l'appréciation souveraine du législateur ou du pouvoir réglementaire dont l'activité semble peu soumise au contrôle.

B - L'intensité du contrôle de la nécessité des sanctions

106. La traditionnelle absence de contrôle de l'action parlementaire dans le choix des sanctions. A l' origine, le contrôle de la loi était impensable aux yeux des révolutionnaires. La loi est l'émanation parfaite de la volonté générale et celle-ci ne peut se méprendre sur la nécessité d'une peine. Permettre un contrôle serait dès lors admettre que la loi puisse se tromper sur la nécessité, chose impensable à l'époque des Lumières[341]. A côté du caractère parfait de la loi, le contrôle de la nécessité apparaissait impossible pour des raisons organiques, la séparation des pouvoirs étant au cœur de la législation de 1789. En outre, les révolutionnaires n'envisageaient pas d'accorder des prérogatives de contrôle au pouvoir judiciaire, de peur d'instaurer un gouvernement des juges. Cette solution est constamment reprise par la Haute juridiction qui a toujours refusé de livrer une appréciation sur la fixation des peines par le législateur[342]. Néanmoins, cette position a pu être récemment remise en cause, par l'introduction du mécanisme de question prioritaire de constitutionnalité. Plus précisément, la question s'est notamment posée d'un contrôle de la part de la Chambre criminelle de la Cour

---

[339] M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, p. 123.

[340] V. infra n° 204 et s.

[341] F. ROUSSEAU, « Le principe de nécessité. Aux frontières du droit de punir », *art. péc.*, p. 257.

[342] Cass. crim., 12 déc. 2007, *Bull. crim*. 2007, n° 311.

de cassation lorsque celle-ci est destinataire d'une question prioritaire de constitutionnalité mettant en cause le principe de nécessité des peines. Pour des auteurs, en refusant de transmettre l'affaire au Conseil constitutionnel, la Cour de cassation se fait juge de la constitutionnalité des lois, violant l'article 8 de la Déclaration de 1789 qui n'a vocation à s'appliquer qu'au seul législateur[343]. Néanmoins, en l'état actuel, l'unique titulaire du contrôle des lois demeure le Conseil constitutionnel, dont la position en la matière est plutôt décevante.

107. Le refus de contrôler la nécessité par le Conseil constitutionnel. En apparence, la Constitution de 1958 est venue bouleverser cette liberté totale de la loi dans la détermination de la peine nécessaire en créant le Conseil constitutionnel, chargé de veiller au respect des normes à valeur constitutionnelle par le législateur. Comme le souligne un auteur, le législateur apparaissait depuis placé « sous liberté surveillée »[344], devant se conformer à la Constitution et notamment à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen sous peine de censure. Pourtant, les espoirs placés dans le Conseil constitutionnel en matière de contrôle de la nécessité des sanctions ont rapidement étaient déçus.

En premier lieu, ce dernier se refuse à tout immixtion dans le choix parlementaire et estime que « l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen »[345]. Conformément au principe de séparation des pouvoirs, les Sages ont posé comme principe maintes fois rappelé qu' « il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci »[346]. Il est vrai que le législateur est le titulaire originel du droit de punir et de déterminer la sanction nécessaire et que tout contrôle juridictionnel sur ce pouvoir peut faire craindre un retour à « l'arbitraire judiciaire »[347]. Enfin, il convient de relever que le Conseil constitutionnel n'est compétent que pour contrôler les normes de valeur législative, ce qui exclut tout contrôle du pouvoir de la nécessité des peines

---

[343] E. BONIS-GRACON et V. PELTIER, *Droit de la peine*, *op. cit.*, n° 279, p. 131.

[344] B. DE LAMY, « Le principe de la légalité criminelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *art. préc.*

[345] Cons. const., 25 juil. 1984, n° 84-176 DC, 10e consid.

[346] Cons. const., 19-20 janv. 1981, 12e et 13e consid.

[347] J.-H. ROBERT, « La punition selon le Conseil constitutionnel », *art. préc.*

issues de l'exécutif. Cette position du Conseil constitutionnel a été saluée par une partie de la doctrine qui rappelle en ce sens que « la nécessité des peines, *stricto sensu*, relève du pouvoir d'appréciation du législateur et non du contrôle du Conseil constitutionnel »[348]. Cependant, on pourra relever une décision du 20 janvier 1994[349], dans laquelle le Conseil a indiqué clairement au législateur à « quelles fins il est nécessaire de prévoir l'emprisonnement »[350]. Les Sages se sont ici penchés sur les finalités de la peine privative de liberté qui est « conçue non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion ». Le raisonnement suivi est proche d'un contrôle de la nécessité de la peine en fonction de son but, tel que développé précédemment. Cette décision est restée isolée, le Conseil constitutionnel refusant traditionnellement tout contrôle d'opportunité.

Quand bien même le respect du principe de séparation des pouvoirs justifie l'absence de contrôle de la nécessité de la sanction par le Conseil constitutionnel, cette autorité a pour mission de vérifier la conformité des lois avec le bloc de constitutionnalité dont fait partie l'article 8 de la Déclaration de 1789. C'est ce que regrette Monsieur le Professeur Emmanuel DREYER qui évoque « le nivellement du contrôle de constitutionnalité »[351] du principe de nécessité. En la matière, le Conseil se trouve dans une situation instable dans la mesure où ses propres pouvoirs lui permettraient un contrôle de la nécessité mais où le principe fondamental de séparation des pouvoirs lui interdit toute substitution du législateur. En l'état, la loi reste libre de déterminer la peine nécessaire, sans encourir un contrôle de la part du Conseil constitutionnel. Cette absence de contrôle est également confirmée par la position de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette dernière affirme qu'en principe « les questions se rapportant à l'opportunité de la peine sortent dans une large mesure du champ d'application de la Convention »[352], refusant tout immixtion dans le rôle des législateurs des Etats membres. La Cour de Strasbourg se réfugie également derrière l'absence de consensus au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe pour ne pas remettre en cause la nécessité de mesures répressives[353].

---

[348] E. FORTIS, « La nécessité des peines », *RSC* 2012, p. 135.

[349] Cons. const., 20 janv. 1994, n° 93-334 DC.

[350] R. KOERING-JOULIN et J.-F. SEUVIC, « Droits fondamentaux et droit criminel », *art. préc.*,, p. 1.

[351] E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 355, p. 292.

[352] CEDH, 17 janv. 2012, *Harkins et Adwards c./ Royaume-Uni*, req. n°[s] 9146/07 et 32650/07, § 133.

[353] CEDH 28 oct. 2014, *Gough c./ Royaume-Uni*, req. n°49327/11.

108. Le contrôle de la nécessité fondé sur la finalité de la sanction. Par deux décisions, le Conseil constitutionnel a laissé apparaître un certain contrôle portant sur les objectifs de la sanction, « bref, sur la nécessité même de prévoir telle sanction pénale »[354]. Déjà dans sa décision de 1981 précitée, le Conseil avait affirmé que la nécessité des peines ne devait pas être « appréciée du seul point de vue du condamné »[355], les intérêts de la société devant notamment être pris en compte. Le contrôle fondé sur les finalités de la sanction est allé plus loin lors de la décision du 20 janvier 1994 concernant la peine incompressible[356]. Dans sa décision, le Conseil constitutionnel définit les quatre objectifs de la peine privative de liberté qui est « conçue, non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion »[357]. Le principe de nécessité est ici directement visé, les Sages indiquant au législateur à quelles fins il est possible de recourir à l'emprisonnement. Comme le souligne un auteur, « il restera cependant au Conseil constitutionnel à prendre garde, sous couvert de la violation de l'une ou l'autre de ces finalités, de ne pas s'immiscer trop avant dans les prérogatives du législateur au risque de ruiner même involontairement la poursuite d'une politique criminelle qui serait jugée indispensable »[358]. Le contrôle opéré sur les finalités de la sanction se rapproche d'un véritable contrôle de l'opportunité, ce à quoi se refuse traditionnellement le Conseil. On pourra également relever un contrôle détourné sur les infractions doublons. Selon un auteur, en la matière le Conseil constitutionnel pourrait « censurer plus systématiquement de telles incohérences répressives sur le fondement du principe de nécessité en considérant que la peine encourue la moins grave démontre, de l'aveu même du législateur, l'absence de nécessité de la peine la plus grave »[359].

109. Le contrôle de l'erreur manifeste par le Conseil constitutionnel. Même si les Sages se refusent à toute substitution à l'appréciation du législateur, le contrôle de la nécessité de la sanction n'est pas inexistant. Le Conseil constitutionnel se réserve la possibilité de contrôler l'erreur manifeste, qui réside dans « une disproportion entre l'infraction et la peine

---

[354] R. KOERING-JOULIN et J.-F. SEUVIC, « Droits fondamentaux et droit criminel », *art. préc.*, p. 1.

[355] Cons. const., 20 janv. 1981, n° 80-127, 15e consid.

[356] Cons. const., 20 janv. 1994, n° 93-334 DC.

[357] Cons. const., 20 janv. 1994, *préc*., 12e consid.

[358] M.-E. CARTIER, « Les principes constitutionnels du droit répressif », *art. préc.*, p. 169 et 170.

[359] F. ROUSSEAU, « Le principe de nécessité. Aux frontières du droit de punir », *art. préc.*, p. 257.

encourue »[360]. Or, on s'aperçoit que le Conseil constitutionnel bascule vers un contrôle non pas de la nécessité au sens strict mais de la proportion de la sanction. Cette modification des pouvoirs de contrôle a reçu un accueil critique d'une partie de la doctrine dans la mesure où l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ne recommande pas un contrôle sur la seule erreur manifeste d'appréciation. Le texte de référence se trouverait dès lors dénaturé, ce qui permet à des auteurs d'affirmer que le Conseil constitutionnel ne juge pas comme la Constitution lui permet, c'est-à-dire avec les importants pouvoirs qu'elle lui confère et qu'il ne joue pas pleinement son rôle de garant du respect du bloc de constitutionnalité[361]. Il est regrettable que les Sages n'effectuent pas un contrôle de nécessité tel que les textes lui permettent, d'autant plus que le contrôle aurait pu être plus poussé et efficace puisque l'article 8 de la Déclaration ne donne aucune indication sur les critères d'appréciation de la nécessité dont la détermination du seuil laisse une marge d'appréciation importante[362].

Malgré les critiques d'une partie de la doctrine[363], le contrôle opéré sur la nécessité des sanctions reste particulièrement mince. La liberté du législateur apparaît en la matière presque totale sauf à relever une erreur manifeste. Même si la retenue du Conseil constitutionnel est fondée sur un principe fondamental, il convient de relever qu'il est difficile voire impossible de mesurer la nécessité des sanctions[364]. Néanmoins, l'absence de contrôle de la stricte nécessité apparaît suppléée par un contrôle de proportionnalité, puisque le Conseil constitutionnel se réserve le droit de censurer « les dispositions législative prévoyant des peines manifestement disproportionnées par rapport aux faits reprochés »[365].

---

[360] Cons. const., 3 sept. 1986, n° 86-215 DC, 7e consid.

[361] E. FORTIS, « La nécessité des peines », *art. préc.*, p. 135.

[362] B. DE LAMY, « Le principe de la légalité criminelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *art. préc.*

[363] O. DECIMA, S. DETRAZ et E. VERNY, *Droit pénal général*, LGDJ, coll. « Cours », 2014, p. 94.

[364] G. CHETARD, « La proportionnalité de la répression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *art. préc.*, p. 51.

[365] Cons. const., 30 déc. 1997, n° 97-395 DC, 39e et 40e consid.

§2 - LA PROPORTIONNALITE DE LA SANCTION

110. La relation forte entre le principe de nécessité et le principe de proportionnalité. Déjà présent avant les écrits des Lumières, le principe de proportionnalité de la sanction est un principe dérivé de celui de nécessité sur lequel se fonde davantage le Conseil constitutionnel qui « se contente en réalité de vérifier la nécessité des peines à travers le contrôle de leur seule proportionnalité »[366]. C'est dire que la proportionnalité est d'une importance centrale pour appréhender la nécessité de la sanction. Ce principe apparaît sous un aspect plus mathématique, ayant comme fondement une approche comparative de la sanction, dont il conviendra de détailler le contenu (A). Au-delà du contrôle de la proportionnalité de la sanction encourue, le principe se retrouve également au cœur de la problématique concernant le cumul de sanctions particulièrement courant en matière économique (B).

A - Le contenu du principe de proportionnalité de la sanction

111. Diversité de la proportionnalité. Le principe de proportionnalité présente de multiples visages et son respect emporte de nombreuses conséquences. Le principe de proportionnalité s'impose en premier lieu au créateur de norme lorsqu'il édicte une sanction, au même titre que le principe de nécessité (1). Mais au-delà de cette proportionnalité abstraite, le principe dispose d'un caractère concret, significatif en droit pénal des affaires en ce qu'il s'impose aux autorités de régulation dans le prononcé de la sanction (2).

1) L'acception traditionnelle du principe de proportionnalité

112. Un principe dérivé du principe de nécessité. Comme vu précédemment, deux lectures peuvent être faites du principe de nécessité de la sanction, dont l'une s'attache à son caractère quantitatif, à sa proportionnalité. En ce sens, ce principe de proportionnalité peut

[366] V. MALABAT, « Responsabilité et irresponsabilité pénale », *C.C.C.*, n° 26, août 2009.

être regardé comme issu du principe de nécessité[367], bien que les principes soient souvent placés sur un pied d'égalité. Peu importe la hiérarchie établie entre ces deux principes, la proportionnalité a depuis toujours été associée à la nécessité. Ainsi, GROTIUS expliquait dans *Le droit de la guerre et de la paix* quel degré de punition doit subir le coupable et affirme en conclusion « voilà comment on juge de la grandeur du Crime, à quoi la Peine doit être proportionnée, en sorte qu'elle n'aille jamais au-delà »[368]. Cet auteur préconise également de rester « au-dessous du degré de rigueur jusqu'où s'étend la juste proportion entre le Crime et la Peine »[369]. Le raisonnement sera semblable pour Jean DOMAT dans ses *Quatre livres du droit public* qui affirme que « les règles de la proportion des peines aux crimes et aux délits »[370] s'attachent « à la recherche et à la punition des crimes, à proportion qu'ils troublent cet ordre »[371]. Mais le lien entre la nécessité et la proportionnalité est explicitement réalisé par BECCARIA qui affirme « qu'il est bien difficile d'observer la proportion voulue entre le délit et la peine, car, quelles que soient les nombreuses espèces de supplices imaginés par une ingénieuse barbarie, ils ne peuvent tout de même dépasser l'extrême limite de la sensibilité et des forces humaines. Cette limite une fois atteinte, on ne saurait trouver, pour des crimes plus graves et plus affreux, la peine correspondante qui serait nécessaire pour en prévenir de semblables »[372]. Par la suite, la proportionnalité sera reprise par la législation post-révolutionnaire et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1793 en son article 15 disposant que « les peines doivent être proportionnées au délit et utiles à la société ».

Le principe de proportionnalité trouve ainsi ses origines dans les premiers textes traitant de la peine nécessaire, apparaissant comme un principe au moins aussi important que celui de nécessité. Ce principe est d'autant plus précieux qu'il fonde le contrôle de plusieurs juridictions sur les sanctions qui leur sont présentées afin de ne pas empiéter sur les prérogatives du législateur. Ce sont ces dernières qui en ont précisé les contours et le contenu.

---

[367] F. STASIAK, *Nature des autorités de régulation à pouvoirs répressifs et garanties fondamentales de la personne, thèse préc.*, p. 348.

[368] H. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. J. BERBEYRAC, Amsterdam, 1724, Liv II, ch XX, §XXVIII, 2.

[369] *Ibid.*, §XXXIV . I.

[370] J. DOMAT, *Quatre livres du droit public*, Firmin didot, Paris 1828, PU Caen 1989, p. 545.

[371] *Ibid.*, p. 559.

[372] C. BECCARIA, *Traité des délits et des peines, op. cit.*, ch XXVII, p. 125.

113. La proportionnalité abstraite, obligation à la charge du législateur. Pour le Conseil constitutionnel, « le principe de proportionnalité des peines exige que la loi proportionne *in abstracto* les peines aux faits qu'elle entend réprimer »[373]. La proportionnalité serait alors fonction de la gravité du comportement d'atteinte à la valeur protégée avec la peine instituée[374]. Cette solution apparaît conforme avec l'idée originelle faite du principe de nécessité, fondé sur l'appréciation abstraite du mal engendré par le comportement prohibé. Dès lors, le principe de proportionnalité, tout comme le principe de nécessité, est une obligation à la charge du créateur de norme, permettant un contrôle sur le choix de la sanction. Notons que la Chambre criminelle de la Cour de cassation adopte une position conforme à cette théorie puisqu'elle considère que le principe de proportionnalité est respecté par les juges du fond dès que ceux-ci ont prononcé une peine rentrant « dans les limites prévues par la loi »[375]. Dès lors, il faut en conclure avec des auteurs que la Cour de cassation estime que le principe de proportionnalité ne d'adresse qu'au législateur[376]. Cependant, il est possible de regretter que le contrôle reste cantonné à l'erreur manifeste, le Conseil vérifiant seulement « l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue ». Dans sa décision du 3 septembre 1986, le Conseil a ainsi précisé « qu'en l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci »[377]. Tout comme le principe de nécessité, le principe de proportionnalité s'impose au créateur de normes lorsqu'il édicte la peine s'attachant à l'incrimination.

114. Le contrôle de la proportionnalité par le Conseil constitutionnel. Le contrôle par le Conseil constitutionnel de la proportionnalité de la sanction trouve ses origines en matière fiscale. La loi de finances pour l'année 1988 prévoyait de punir la divulgation du revenu d'une personne physique par une amende égale au montant de la somme révélée. Dans leur décision du 30 décembre 1987, les Sages se sont fondés sur l'article 8 de la Déclaration de 1789 et ont décidé « qu'en prescrivant que l'amende fiscale encourue […] sera, en toute

---

[373] Commentaire décision n° 2015-481 QPC du 17 sept. 2015.

[374] R. KOERING-JOULIN et J.-F. SEUVIC, « Droits fondamentaux et droit criminel », *art. préc.*, p. 1.

[375] Cass. crim., 24 mai 2000, inédit, pourvoi n° 97-84086.

[376] E. BONIS-GRACON et V. PELTIER, *Droit de la peine*, *op. cit.*, n° 308, p. 145.

[377] Cons. const., 3 sept. 1986, n° 86-215.

hypothèse, égale au montant des revenus divulgués, l'article 92 de la loi […] édicte une sanction qui pourrait, dans nombre de cas, revêtir un caractère manifestement disproportionné ; […] sans même qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens invoqués [....] l'article 92 doit, en tout état de cause, être déclaré contraire à la Constitution »[378]. Depuis, le Conseil constitutionnel a été à plusieurs reprises saisi en matière fiscale pour connaître de la proportionnalité des sanctions prévues par le législateur et a ainsi pu développer ses critères de contrôle. Dans une décision du 17 septembre 2015[379], le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la conformité du paragraphe IV de l'article 1736 du Code général des impôts qui sanctionne le défaut de déclaration d'un compte bancaire ouvert, utilisé ou clos à l'étranger, par une amende de 1 500 ou 10 000 euros selon que l'Etat est ou non coopératif d'un point de vue fiscal. Les juges ont dans un premier temps rappelé qu'en instaurant cette sanction ayant le caractère d'une punition, le législateur « a ainsi poursuivi l'objectif à valeur constitutionnelle de lutte contre la fraude et l'évasion fiscales »[380]. Ensuite, concernant la proportionnalité, le Conseil rappelle que le législateur a instauré « des sanctions dont la nature est liée à celle de l'infraction et qui, même par le cumul d'amendes qu'elles permettent, ne sont pas manifestement disproportionnées à la gravité des faits qu'il entend réprimer ». Il ressort de sa jurisprudence que le Conseil constitutionnel opère un contrôle de proportionnalité bien plus développé que celui concernant la nécessité. Cette position ne peut recevoir une totale approbation dans la mesure où la proportionnalité n'est qu'un caractère du principe de nécessité dont elle découle.

2) Le respect de la proportionnalité par les autorités de régulation

115. L'obligation de proportionner *in abstracto* les sanctions des autorités de régulation. Le législateur n'est pas le seul destinataire de l'obligation de proportionner les sanctions qu'il édicte puisque les autorités administratives indépendantes sont également concernées. Aussi, les sanctions qu'elles peuvent prononcer conformément à leur pouvoir répressif doivent présenter un visage de proportionnalité. En ce sens, l'article 42-1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 précise que les sanctions potentiellement prononcées par le

[378] Cons. const., 30 déc. 1987, n° 87-237 DC, 16e et 17e consid.

[379] Cons. const. 17 sept. 2015, n° 2015-481 QPC.

[380] Cons. const. 17 sept. 2015, n° 2015-481 QPC, 5e consid.

Conseil supérieur de l'audiovisuel doivent prendre en compte « la gravité du manquement ». Cette exigence sera par la suite reprise par la loi n° 89-25 du 17 janvier 1989, laquelle précise que « le montant de la sanction pécuniaire doit être fonction de la gravité des manquements commis en relation avec les avantages tirés du manquement par le service autorisé ». L'obligation de proportionnalité fut affirmée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 17 janvier 1989 qui relève « la volonté du législateur de proportionner la répression à « la gravité du manquement » reproché » [381] . Il convient de noter que cette exigence de proportionnalité se retrouve également concernant la répression boursière, les Sages affirmant que les sanctions doivent être proportionnées à la gravité des manquements et en relation avec les avantages ou les profits tirés de ces manquements[382], position reprise par l'article L. 621-15 du Code monétaire et financier. Enfin, en droit de la concurrence, l'article L. 464-2 du Code de commerce précise que « les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie […] ». En ce sens, la Chambre commerciale de la Cour de cassation rappelle que cette disposition exige « non pas un chiffrage précis du dommage à l'économie, mais seulement une appréciation qualitative de son existence et de son importance reposant sur une analyse aussi complète que possible des éléments du dossier »[383] et n'hésite pas à annuler des décisions qui ne respecteraient pas ces exigences.

Ces sanctions administratives doivent donc répondre au principe de proportionnalité, à l'instar des peines pénales, ce qui participe pleinement à leur nécessité. La soumission des autorités de régulations au principe de proportionnalité permet d'édicter des sanctions nécessaires dans leurs domaines de compétence. Néanmoins, on peut regretter que de manière habituelle, le contrôle du Conseil constitutionnel s'arrête à un simple examen formel de la loi et à l'absence de disproportion manifeste. Néanmoins, cette faiblesse se trouve compensée par le contrôle de proportionnalité de la sanction lors de son prononcé par lesdites autorités de régulation.

116. Le contrôle de proportionnalité de la sanction prononcée par les autorités de régulation. Le principe de proportionnalité, outre l'obligation d'édicter une sanction mesurée, oblige l'autorité qui la prononce à la proportionner au cas d'espèce. A ce titre, les

[381] Cons. const., 17 janv. 1989, n° 88-248 DC.

[382] Cons. const., 28 juill. 1989, n° 89-260 DC.

[383] Cass. com., 27 sept. 2017, inédit, pourvoi n° 16-12.907.

sanctions prononcées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel sont susceptibles de recours devant le Conseil d'Etat, lequel contrôle fréquemment leur proportionnalité. Ainsi, dans un arrêt du 11 mars 1994, la Haute juridiction administrative a pu décider qu'une sanction pécuniaire de 5 millions de francs infligée à une chaîne de télévision était disproportionnée eu égard aux manquements relevés et l'a ramenée à 3 millions de francs[384]. Tout comme le Conseil constitutionnel, le juge administratif n'hésite pas à rappeler que son contrôle se borne à la disproportion manifeste[385]. Le juge judiciaire exerce lui aussi un contrôle sur la proportionnalité des sanctions prononcées, notamment en matière de concurrence. Aussi, les sanctions infligées par l'Autorité de la concurrence peuvent faire l'objet d'un recours devant la Cour d'appel de Paris puis devant la Chambre commerciale de la Cour de cassation. Cette dernière veille constamment à ce que la sanction soit proportionnée au dommage causé à l'économie et opère un contrôle sur l'examen des juges du fond[386]. Par exemple, la Haute juridiction a pu considérer qu'une sanction pécuniaire de 10 millions d'euros prononcée pour entente illicite et abus de position dominante était proportionnée après que le Conseil de la concurrence puis la Cour d'appel ont pu établir et justifier le préjudice subi par l'économie du fait de ces comportements[387]. Une position similaire peut être relevée à propos des manquements boursiers à la suite desquels l'Autorité des marchés financiers doit prononcer des sanctions proportionnées. En ce sens, la Chambre commerciale de la Cour de cassation n'hésite pas à rappeler qu'elle contrôle la proportionnalité de la sanction pécuniaire prononcée par la Commission des sanctions qui doit être « fonction de la gravité des manquements commis »[388]. Alors que le principe de proportionnalité participe assurément au principe de nécessité, ces deux notions ne doivent pas être confondues. Toutefois, on peut saluer ce contrôle de proportionnalité qui permet de retenir la peine nécessaire. Outre l'adéquation de la sanction à la gravité du comportement, le principe de proportionnalité est d'une importance centrale en ce qui concerne les cas de cumul de sanctions.

---

[384] CE, ass., 11 mars 1994, *SA La Cinq, RFD adm*. 1994.429.

[385] CE, 30 mai 2012, *Société Vera*, n° 351551, T.

[386] Cass. com., 11 juin 2013, *Bull.* 2013, IV, n° 98.

[387] Cass. com., 12 juill. 2011, *Bull*. 2011, IV, n° 116.

[388] Cass. com., 27 avril 2011, *Bull.* 2011, IV, n° 59.

B - Le cumul de sanctions en droit pénal des affaires

117. L'existence d'un cumul de procédures pouvant aboutir à un cumul de sanctions. Comme étudié précédemment[389], le droit pénal économique est souvent marqué par une dichotomie, cumulant la répression proprement pénale et la répression administrative. Cette situation qui permet un cumul de sanctions se rencontre dans deux hypothèses, selon que l'Etat intervienne directement ou par le biais d'une autorité administrative indépendante comme ce fut le cas concernant les délits boursiers[390]. Ainsi, en matière fiscale, les fraudeurs encourent des peines correctionnelles prévues à l'article 1741 du Code général des impôts mais également les majorations fiscales prévues à l'article 1729 du même code. Les personnes reconnues coupables peuvent dès lors faire l'objet d'un cumul de sanctions, l'une pénale, l'autre administrative, laquelle relève de la matière pénale au sens de la Cour européenne des droits de l'homme et du Conseil constitutionnel. Le cumul de sanctions peut également être le fruit de la dépénalisation, le législateur ayant confié la répression de certains comportements à des autorités de régulation. C'est le cas notamment en matière de concurrence puisque les auteurs personnes physiques de pratiques anticoncurrentielles peuvent faire l'objet d'une condamnation pénale et subir des peines correctionnelles en sus des sanctions administratives prononcées par l'Autorité de la concurrence. Plus précisément, tant les articles L. 420-6 et L. 470-2 du Code de commerce prévoient des peines d'amendes respectivement en matière pénale et en matière administrative. Ce cumul de sanctions est à l'évidence incompatible avec, d'une part, le principe de nécessité puisqu'une seule sanction doit suffire pour réprimer le comportement prohibé, et d'autre part, le principe de proportionnalité au regard de l'aggravation de la sanction. Si la peine était jugée insuffisante, il eut fallu l'adapter, et non lui adjoindre une autre branche du droit[391]. Cette position serait plus en phase avec le principe de nécessité vu comme un modérateur à l'intervention pénale. En outre, on constate fréquemment que les sanctions que peuvent prononcer les autorités de régulation présentent une certaine gravité et sont parfois communes avec celles que peut prononcer le juge pénal. A ce titre, l'Autorité des marchés financiers peut prononcer des sanctions pécuniaires et disciplinaires[392] que le juge pénal pourrait également

---

[389] V. supra n° 64 et s.

[390] F. STASIAK, « Le rapport Coulon sur la dépénalisation de la vie des affaire », *RSC* 2009, p. 113.

[391] R. KOERING-JOULIN et J.-F. SEUVIC, « Droits fondamentaux et droit criminel », *art. préc.*, p. 4, pour qui « le non cumul des peines mérite d'être mieux affirmé en lien avec l'article 8 de la Déclaration de 1789 ».

[392] Art. L. 621-15 C. mon. fin.

infliger en application des articles L. 465-1 et suivants du Code monétaire et financier. Dès lors, il est légitime de s'interroger sur la nécessité et la proportionnalité d'un tel cumul. Néanmoins, malgré l'atteinte à ces deux principes à valeur constitutionnelle, le Conseil constitutionnel admet de manière traditionnelle le cumul de sanctions en posant, il est vrai, une certaine limite.

118. L'acceptation traditionnelle du cumul de sanctions par le Conseil constitutionnel au regard du principe de proportionnalité. Dès 1982 et une décision du 30 juillet, le Conseil constitutionnel a indiqué que la règle de non-cumul des peines en matière de crimes et de délits constitue un principe de valeur législative, auquel une loi peut donc déroger sans risquer l'inconstitutionnalité[393]. Les Sages ont dans cette solution posé la valeur législative de la règle de non-cumul, qui pourtant peut être directement liée au principe constitutionnel de proportionnalité. Ainsi, il est aisé au législateur de prévoir des situations dans lesquelles des sanctions pénales et administratives pourront se cumuler. Cependant, le Conseil constitutionnel a eu le souhait de poser une condition ferme quant à la possibilité d'associer les deux types de sanctions. En effet, lors de l'examen de la loi renforçant les pouvoirs de sanction de la Commission des opérations de bourse, le Conseil constitutionnel a émis une réserve selon laquelle « le principe de proportionnalité implique, qu'en tout état de cause, le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues »[394]. Les Sages ont alors validé dans son existence le cumul de sanctions, pourtant contraire au principe de nécessité. En effet, autoriser ce cumul revient à considérer que les sanctions telles qu'elles sont établies ne sont pas nécessaires puisqu'il faut leur adjoindre une autre branche du droit. Le principe de proportionnalité est ici considéré comme un garde-fou, permettant l'association de sanctions et fut rappelé lors de la décision du 30 décembre 1997 à propos de l'amende fiscale[395]. Comme le souligne un auteur, le Conseil constitutionnel ne sanctionne pas le cumul des sanctions administratives et pénales dans son principe mais le risque du prononcé de sanctions disproportionnées[396]. Dès lors, le principe de proportionnalité permet de cumuler plusieurs sanctions en tentant de ménager le principe de nécessité en limitant le quantum maximum applicable et en imposant la modération.

---

[393] Cons. const., 30 juill. 1982, n° 82-143 DC.

[394] Cons. const., 28 juill. 1989, n° 89-260.

[395] Cons. const., 30 déc. 1997, n° 97-395 DC.

[396] N. MOLFESSIS « La dimension constitutionnelle des libertés et droits fondamentaux », in *Libertés et droits fondamentaux*, dir. R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et T. REVET, Dalloz, 12e éd., 2006, p. 77.

119. Les conditions au cumul de sanctions posées par la décision du 18 mars 2015. Saisi de la conformité des articles L. 465-1 et L. 621-5 du Code monétaire et financier par rapport au cumul de sanctions en matière de délit d'initié par le juge pénal et l'Autorité des marchés financiers, le Conseil constitutionnel s'est prononcé dans une décision du 18 mars 2015[397]. Les Sages ont jugé de manière traditionnelle que le principe de nécessité ne « fait pas obstacle à ce que les mêmes faits commis par une même personne puissent faire l'objet de poursuites différentes aux fins de sanctions de nature administrative ou pénale en application de corps de règle distincts devant leur propre ordre de juridiction »[398]. Toutefois, ce cumul peut être contraire aux principes de nécessité et de proportionnalité si les sanctions répriment les mêmes faits, ne sont pas d'une nature différente et relèvent du même ordre de juridiction et si les intérêts sociaux protégés sont les mêmes.

En premier lieu, le Conseil constitutionnel a comparé l'incrimination du délit d'initié et celle du manquement d'initié et a conclu que les définitions sont semblables et répriment les mêmes faits[399]. Le Conseil s'est ensuite penché sur la finalité de la répression des deux incriminations et a considéré qu'il s'agit d'une finalité unique et que les deux incriminations protégeaient donc les mêmes intérêts sociaux[400]. Par rapport aux sanctions, le Conseil a rappelé que le délit d'initié était puni d'une peine de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 euros tandis que le manquement d'initié était puni d'une sanction pécuniaire de 10 millions d'euros. Même si seul le juge pénal peut prononcer une peine d'emprisonnement ou une dissolution, la sanction de l'Autorité des marchés financiers apparaît d'une sévérité importante. En conséquence, les faits réprimés par les deux articles devaient être regardés comme susceptibles de faire l'objet de sanctions qui ne sont pas de nature différente[401]. Enfin, le Conseil constitutionnel a relevé que l'auteur d'un manquement d'initié n'est pas une personne ou une entité mentionnée au sein de la liste du paragraphe II de l'article L. 621-9, la sanction qu'il encourt relevant donc du même ordre judiciaire que l'auteur du délit d'initié. Au regard de ces éléments, le Conseil constitutionnel a conclu à l'inconstitutionnalité des articles L. 465-1 et L. 621-15 du Code monétaire et financier pour violation du principe de proportionnalité. Cette décision a permis de mettre en avant l'absence de nécessité d'un tel

---

[397] Cons. const., 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC et n° 2015-462 QPC.

[398] F. STASIAK, « La bulle constitutionnelle est-elle en passe d'éclater ? », *Rev. Lamy dr. aff.*, 2015, p. 20.

[399] Cons. const., 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC et n° 2015-462 QPC, 22e à 24e consid.

[400] Cons. const., 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC et n° 2015-462 QPC, 25e consid.

[401] Cons. const., 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC et n° 2015-462 QPC, 26e consid.

cumul de sanctions. On ne peut que féliciter la solution retenue même si le raisonnement ne convainc guère. Ce dernier a par ailleurs été rapidement remis en question.

120. L'abandon partiel récent des conditions et l'affirmation de la possibilité de cumuler les sanctions. Dans deux décisions du 24 juin 2016, le Conseil a eu à juger du cumul de sanctions en matière de fraude fiscale[402]. L'article 1729 du Code général des impôts prévoit une majoration fixe de 40 ou 80 % selon le comportement du contribuable qui s'est rendu coupable d'insuffisance de déclaration de sa base d'imposition. En sus de ces majorations, l'article 1741 prévoyait une amende de 37 500 euros, doublée en cas de fraude aggravée et un emprisonnement de cinq ans pour quiconque « a volontairement dissimulé une part des sommes sujettes à l'impôt ». Les requérants contestaient la constitutionnalité de ces deux articles combinés sur le fondement de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et l'atteinte au principe de proportionnalité. Le Conseil constitutionnel a abandonné le critère tiré de l'identité des ordres juridictionnels compétents. Il a estimé être en présence d'un seul et même ensemble répressif pour justifier le cumul de sanctions[403]. Cet ensemble répressif serait constitué de plusieurs sanctions dont la peine pénale serait au sommet. Il a émis toutefois une réserve en ce que l'application de l'intégralité de cet ensemble répressif doit être limitée aux « seuls cas les plus graves de dissimulation frauduleuse de sommes soumises à l'impôt »[404]. On peut émettre un doute sur cette position qui heurte le principe de proportionnalité, la personne mise en cause étant condamnée deux fois pour des sanctions de même nature que sont la peine d'amende et les majorations, le cumul de sanctions étant assurément contraire au principe de nécessité et de proportionnalité.

121. La confirmation du cumul de sanctions en matière de procédures collectives. Le Conseil constitutionnel fut saisi en 2016 de deux questions prioritaires de constitutionnalité portant sur le cumul des mesures de faillite et d'interdiction professionnelle prononcées pour banqueroute et dans le cadre de la procédure de redressement ou de liquidation judiciaire[405]. Pour les requérants, les articles L. 653-1 à L. 653-8, L. 654-1, L. 654-2, L. 654-5

---

[402] Cons. const., 24 juin 2016, n° 2016-545 QPC et 2016-546 QPC.

[403] M. PELLETIER, « De quelques conséquences (inattendues) des décisions Alec W. et Jérôme C. », *Rev. D. fiscal*, n° 30-35, 28 juill. 2016, act. 466.

[404] Cons. const., 24 juin 2016, n° 2016-545 QPC et 2016-546 QPC, 21e consid.

[405] Cons. const., 29 sept. 2016, n° 2016-570 QPC et 2016-573 QPC.

et L. 654-6 du Code de commerce permettent tant au juge civil et commercial qu'au juge pénal de prononcer la faillite personnelle ainsi que des interdictions de gérer. Les deux requérants soulevaient l'incompatibilité de ces dispositions avec les principes de nécessité et de proportionnalité tels que prévus par l'article 8 de la Déclaration de 1789 en ce qu'elles permettent le cumul de sanctions. Selon les Sages, ces mesures doivent « être regardées comme des sanctions ayant le caractère de punition », même si elles sont prononcées par le juge civil et commercial. Ces derniers rappellent que le principe de nécessité n'est pas méconnu lorsque le cumul abouti au prononcé de sanctions de nature différente, sans faire référence à d'autres critères. Or, le Conseil constitutionnel détermine si les sanctions sont de nature différente en analysant si elles sont d'une sévérité comparable, en prenant en compte l'ensemble de l'arsenal répressif. Contrairement à ce que soutenaient les requérants, il ne s'agit pas de se pencher sur la nature intrinsèque de chaque sanction. Dans ce cas, les interdictions professionnelles, qu'elles soient prononcées par le juge civil ou le juge pénal seraient jugées de même nature. A l'inverse, le Conseil constitutionnel conclut en l'espèce à une différence de nature des sanctions concernées dans la mesure où l'arsenal du juge pénal dépasse amplement celui du juge civil, lequel ne peut prononcer d'amende ou de peine d'emprisonnement. La position des juges constitutionnels n'est pas exempte de critiques. Il est admis que les dispositions soulevées ne sont pas complémentaires, ces dernières étant identiques que ce soit devant le juge civil ou le juge pénal. Une certaine atteinte au principe de nécessité peut dès lors être relevée puisque le cumul de poursuites peut aboutir à un cumul de sanctions pour des faits identiques.

Comme vu précédemment, la nécessité de la sanction peut être appréhendée de façon abstraite, s'imposant au législateur dans le choix de la peine. Mais la sanction doit être également nécessaire lors de son prononcé, appliquée à une situation d'espèce.

SECTION 2

LE PRINCIPE DE NECESSITE ET LA SANCTION PRONONCEE

122. Un principe de nécessité *in concreto*. Postérieurement au choix abstrait de la peine par le législateur, le principe de nécessité guide également la peine effectivement prononcée par l'autorité compétente. Ainsi, et d'après Madame le Professeur Audrey DARSONVILLE, le principe de nécessité des peines « s'impose tant au législateur qu'au juge »[406]. Ce raisonnement se retrouve également au sein de la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui considère qu'une peine ne peut être décidée qu'à condition que soit respecté le principe de nécessité, étendant par là son contrôle « au respect des principes régissant le prononcé d'une sanction »[407]. Pour des auteurs, les décisions du Conseil constitutionnel laissent apparaître un glissement du pouvoir d'évaluer la nécessité d'une peine du législateur vers le juge pénal[408]. Mais là encore, le juge n'use pas explicitement du principe de nécessité dans le choix de la peine, préférant des principes corollaires, issus du principe de nécessité. Deux manifestations de ce mouvement peuvent être relevées lors de l'application de la sanction. En premier lieu, il apparaît que le Conseil constitutionnel dévie son contrôle du principe de nécessité du législateur vers le juge par le biais du principe d'individualisation de la peine (§1). Dans un autre domaine, le principe de nécessité influencera la peine prononcée lorsqu'il existera un décalage entre la peine encourue au moment des faits et la peine possiblement prononcée au jour du délibéré du fait d'un changement de législation (§2).

---

[406] A. DARSONVILLE, « Les sanctions pénales », in *Le principe de nécessité en droit pénal, Actes de la journée d'études radicales du 12 mars 2012, op. cit.,* p. 97.

[407] Cons. const., 25 févr. 1992, n° 92-307 DC.

[408] E. BONIS-GARCON et V. PELTIER, *Droit de la peine, op. cit.,* n° 285, p. 133.

§1 - LE PRINCIPE DE PERSONNALISATION DE LA SANCTION

123. Des principes complémentaires. Autrefois nommé principe d'individualisation[409], le principe de personnalisation est étroitement lié à celui de la nécessité de la sanction, ce dernier constituant « le garde-fou du principe de nécessité des peines »[410]. Le législateur ne peut qu'édicter des sanctions abstraites tandis que le juge aura la possibilité de moduler la sanction en fonction des circonstances de l'espèce, permettant d'appliquer la punition strictement nécessaire à l'individu concerné ou de l'en dispenser[411]. Ainsi, c'est l'existence du choix de personnalisation qui permet de considérer qu'une peine est constitutionnelle, malgré même ses éventuels excès, le pouvoir de personnalisation participant au principe constitutionnel de nécessité des peines[412]. Le principe de personnalisation entretient dès lors d'étroits liens avec le principe de nécessité, duquel il découle directement. Cette filiation permet notamment de lui conférer une force constitutionnelle et de l'ériger au rang des principes fondamentaux (A). Néanmoins, il apparaît que de nombreuses restrictions lui sont apportées, particulièrement en droit pénal des affaires (B), touchant directement le principe de nécessité.

A - La contribution du principe de personnalisation à la nécessité de la sanction

124. La reconnaissance du caractère constitutionnel du principe de personnalisation. De prime abord, le Conseil constitutionnel était réticent à établir la filiation entre le principe de nécessité et celui d'individualisation de la peine. Lors de sa décision sur la loi dite « Sécurité et liberté », le Conseil constitutionnel avait affirmé « qu'ainsi, à supposer même que le principe de l'individualisation des peines puisse, dans ces limites, être regardé comme l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, il ne saurait

---

[409] R. OTTENHOF, « Introduction générale », in *L'individualisation de la peine*, dir. R. OTTENHOF, Eres, coll. « Criminologie et sciences de l'homme », 2001, p. 7.

[410] A. DARSONVILLE, « Les sanctions pénales », in *Le principe de nécessité en droit pénal, Actes de la journée d'études radicales du 12 mars 2012*, *op. cit.*, p. 100.

[411] Art. 132-58 C. pén.

[412] Y. MAYAUD, « Le législateur contre l'interprétation judiciaire », in *Histoire et méthodes d'interprétation en droit criminel*, *op. cit.*, p. 129.

mettre obstacle à ce que le législateur, tout en laissant au juge ou aux autorités chargées de déterminer les modalités d'exécution des peines un large pouvoir d'appréciation, fixe des règles assurant une répression effective des infractions »[413]. Dans le même sens, la doctrine se montrait hésitante à la reconnaissance de la valeur constitutionnelle du principe d'individualisation comme a pu le souligner Monsieur Jacques LE CALVEZ en affirmant que « l'individualisation de la sanction pénale ne constitue pas un principe d'ordre constitutionnel car il n'a pas le caractère d'un principe unique et absolu prévalant de façon nécessaire et dans tous les cas sur les autres fondements de la répression pénale ». Sans consacrer un principe d'individualisation à valeur constitutionnelle, le Conseil avait déjà affirmé qu'une peine, pour être conforme aux exigences constitutionnelles, ne peut « être appliquée que si le juge l'a expressément prononcée, en tenant compte des circonstances propres à l'espèce »[414]. Pourtant, on ne pouvait douter que le principe de personnalisation soit un aspect concret du principe de nécessité de la sanction. Ce n'est que dans sa décision du 22 juillet 2005 qu'il a affirmé que « le principe d'individualisation des peines […] découle de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 »[415]. A l'inverse de la nécessité abstraite à la charge du législateur, l'individualisation des peines permet de mesurer la sanction à une situation de faits d'espèces et emporte de nombreuses conséquences.

125. Le refus des peines automatiques. La notion de peine automatique ou accessoire concerne les sanctions « qui sont attachées automatiquement à certaines peines principales, en sorte qu'elles suivent celles-ci même si le juge ne les a pas expressément prononcées »[416]. La contradiction avec le principe de personnalisation et donc de nécessité est ici évident, le juge ne pouvant moduler la peine en fonction des circonstances de fait. Le Conseil constitutionnel a très tôt marqué son opposition aux peines automatiques, se référant expressément au principe de personnalisation, découlant du principe de nécessité de l'article 8 de la Déclaration de 1789. Les censures ont alors été nombreuses en la matière. Ainsi, dans deux décisions du 17 mars 2011, à propos de majorations fiscales, le Conseil a jugé que « le principe d'individualisation des peines […] implique que la majoration des droits, lorsqu'elle constitue une sanction ayant le caractère d'une punition, ne puisse être appliquée que si

[413] Cons. const., 19 et 20 janv. 1981, n° 80-127 DC, 16e consid.

[414] Cons. const. 15 mars 1999, n° 99-410 DC, 41e consid.

[415] Cons. const. 22 juil. 2005, n° 2005-520, 3e consid.

[416] B. BOULOC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 611, p. 503.

l'administration, sous le contrôle du juge, l'a expressément prononcée en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce »[417]. Aussi, le Conseil constitutionnel a déclaré non conforme au principe de nécessité et d'individualisation la peine de publication de la décision de condamnation obligatoire pour des faits de fraude fiscale telle que prévue par l'article 1741 du Code général des impôts[418].

La contradiction des peines automatiques avec les principes constitutionnels avait poussé le législateur à intervenir pour y mettre fin. En ce sens, le Code pénal qui précise en son article 132-17 « qu'aucune peine ne peut être appliquée si la juridiction ne l'a pas expressément prononcée », a procédé à une importante vague de suppression des peines accessoires. Cependant, la forte présence de ce type de sanctions au sein des autres codes n'a pas permis une suppression totale et exhaustive, ce qu'a pu réaliser en partie l'intervention du législateur dans chaque matière concernée. Ainsi, la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie est venue transformer les interdictions commerciales de plein droit en peines complémentaires et alternatives. Ces interdictions, présentes au sein du Code de commerce aux articles L. 128-1 et suivants, frappaient automatiquement les personnes condamnées pour certaines infractions et empêchaient toute activité commerciale ou industrielle[419]. Le refus des peines automatiques participe assurément au prononcé d'une peine nécessaire. Le prononcé de la peine fait également l'objet d'autres prescriptions qui tendent à la peine nécessaire.

126. L'obligation de motiver le prononcé d'une peine d'emprisonnement sans sursis. La motivation dans le prononcé de la peine collabore pleinement à la nécessité de cette dernière au cas d'espèce. En ce sens, l'article 132-19 du Code pénal dispose expressément qu'en matière correctionnelle, une peine d'emprisonnement ferme ne peut être prononcée que si « cette peine [est] nécessaire et si toute autre sanction est manifestement inadéquate ». Ainsi, la loi pose une obligation de motivation à la charge du juge pénal si ce dernier souhaite prononcer une peine privative de liberté ferme en matière correctionnelle. En prenant en compte la personnalité de l'auteur et la gravité de l'infraction, le juge doit être à même de prononcer une peine nécessaire au cas qui lui est soumis. Dès lors, l'obligation de motivation est étroitement liée au principe de nécessité, ce qui illustre les termes utilisés par l'article 132-19 précité. En

[417] Cons. const. 17 mars 2011, n° 2010-103 QPC, 4e consid. et n° 2010-105/106 QPC, 5e consid.

[418] Cons. const. 10 déc. 2010, n° 2010-72/75/82 –QPC.

[419] E. VERGES, « Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie : peines complémentaires et alternatives d'incapacité d'exercice d'une activité commerciale ou industrielle », *RSC* 2008. 954.

outre, la Chambre criminelle de la Cour de cassation contrôle la motivation de la peine d'emprisonnement ferme retenue par les juges du fond qui doivent établir qu'une autre peine n'est pas nécessaire en l'espèce. A titre d'exemple, dans un arrêt du 22 novembre 2016, la Haute juridiction a ainsi contrôlé la motivation d'une cour d'appel ayant condamné l'auteur de pratiques commerciales trompeuses à une peine d'emprisonnement ferme, notamment en raison de l'absence de nécessité d'autres peines[420]. Les juges du fond se devaient d'expliquer clairement en quoi les autres peines n'étaient pas nécessaires eu égard aux caractéristiques de l'affaire. Sans aucun doute, l'obligation de motivation contribue au principe de nécessité en tant que frein à l'intervention pénale dans la matière économique.

127. Vers l'obligation de motiver toute peine. Outre cette obligation de motivation en matière d'emprisonnement, la Chambre criminelle de la Cour de cassation exige des juridictions du fond une motivation spéciale et expresse à propos des autres peines et notamment de l'amende. Bien que l'article 132-20 du Code pénal ne prévoit aucune exigence de motivation en matière de sanction pécuniaire, celui-ci affirme tout de même que « le montant de l'amende est déterminé en tenant compte des ressources et des charges de l'auteur de l'infraction ». Cependant, la Haute juridiction en faisait une interprétation restrictive, n'exigeant pas une motivation spéciale au sein du jugement de condamnation[421]. Dans une décision du 1er février 2017[422], la Chambre criminelle de la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence à ce sujet dans une affaire concernant deux prévenues condamnées en première instance à 5 000 euros d'amende pour des faits de recel et de blanchiment et dont les peines, à hauteur d'appel, avaient été lourdement aggravées en passant à 50 000 et 30 000 euros, prenant en compte la particulière gravité des faits et le bénéfice tiré de l'infraction. La Haute juridiction a estimé qu' « en matière correctionnelle, le juge qui prononce une amende doit motiver sa décision au regard des circonstances de l'infraction, de la personnalité et de la situation personnelle de l'auteur, en tenant compte de ses ressources et de ses charges », cassant l'arrêt d'appel qui avait alourdi les peines pécuniaires. Cette solution jurisprudentielle fut confirmée quelques mois plus tard lors d'un arrêt du 15 mars 2017, rendu à propos de délit de favoritisme[423] et à l'occasion duquel la Chambre criminelle de la Cour de cassation a précisé

[420] Cass. crim., 22 nov. 2016, inédit, pourvoi n° 15-83.559.

[421] Cass. crim., 27 oct. 2015, inédit, pourvoi n° 14-87.571.

[422] Cass. crim., 1er févr. 2017, inédit, pourvoi n° 15-83.984, *D. act.* 16 févr. 2017, obs. C. FONTEIX.

[423] Cass. crim., 15 mars 2017, inédit, pourvoi n° 16-83.838.

qu' « en matière correctionnelle, toute peine doit être motivée en tenant compte de la gravité des faits, de la personnalité de leur auteur et de sa situation personnelle [...] ». La décision d'appel attaquée qui ne comportait aucun développement ou analyse sur les ressources ou les charges du prévenu encourait donc la cassation sur ce point. Il est évident qu'en exigeant une motivation spéciale eu égard aux ressources du délinquant, la Chambre criminelle de la Cour de cassation participe pleinement à contrôler le choix de la peine nécessaire prononcée[424].

En outre, il convient de noter que les juges ont rendu le 1er février 2017 deux autres arrêts ordonnant une motivation non prévue par les textes dans le prononcé d'une peine. Ainsi, selon la Chambre criminelle de la Cour de cassation, doivent désormais faire l'objet d'une motivation spéciale les peines d'inéligibilité[425] et d'interdiction de gérer[426]. Si ces décisions ont pour objet de renforcer le principe d'individualisation et par conséquent le principe de nécessité, ce qu'il faut féliciter, il n'en reste pas moins que le législateur n'a, pour l'heure, pas emprunté cette voie pour l'ensemble des peines pouvant frapper le condamné. En outre, cette position fait encore davantage passer l'obligation de nécessité du législateur vers le juge, ce qui est en contradiction avec l'esprit originel du principe de nécessité.

Se voulant le garant d'une nécessité propre à chaque espèce, le principe de personnalisation se trouve néanmoins réduit à sa plus faible expression dans de nombreux cas du droit pénal des affaires.

B - Les restrictions au principe de personnalisation

128. La relativité du principe. Même s'il s'agit aujourd'hui d'un principe à valeur constitutionnelle, le principe de personnalisation n'est pas absolu. En ce sens, le Conseil constitutionnel a maintes fois rappelé dans ses décisions que ce principe « ne saurait toutefois interdire au législateur de fixer des règles assurant une répression effective des infractions »[427]. La personnalisation, en ce qu'elle permet de moduler la sanction en fonction de l'espèce et de permettre l'application de la peine jugée nécessaire, ne doit pas pour autant empêcher la répression effective voulue par le législateur et le priver de son pouvoir de fixer des peines

[424] Cass. crim., 9 janv. 2018, inédit, pourvoi n° 17-80.200.

[425] Cass. crim., 1er févr. 2017, inédit, pourvoi n° 15-84.511.

[426] Cass. crim., 1er févr. 2017, pourvoi n° 15-85.199.

[427] Cons. const., 16 mars 2017, n° 2016-618 QPC.

lourdes. Cette relativité du principe explique les restrictions qui lui sont apportées tant par le Conseil constitutionnel lui-même que par le législateur.

129. Le cas des majorations fiscales. Une des particularités de la répression fiscale consiste en l'application de majorations. Ces sanctions à taux fixe qui ont le caractère d'une punition sont soumises aux exigences de l'article 8 de la Déclaration de 1789. Cependant, le Conseil constitutionnel juge constamment ces sanctions conformes au principe de personnalisation. Par exemple, l'article 1729 du Code général des impôts réprime les omissions ou inexactitudes dans les déclarations du contribuable et prévoit une majoration de 40 % en cas de mauvaise foi et une majoration de 80 % en cas de manœuvres frauduleuses. Lors de l'examen de la disposition dans sa décision du 17 mars 2011, le Conseil constitutionnel a rappelé « que la loi a elle-même assuré la modulation des peines en fonction de la gravité des comportements réprimés ; que le juge décide, dans chaque cas, après avoir exercé son plein contrôle sur les faits invoqués et la qualification retenue par l'administration, soit de maintenir ou d'appliquer la majoration effectivement encourue au taux prévu par la loi, soit de ne laisser à la charge du contribuable que des intérêts de retard s'il estime que l'administration n'établit pas que ce dernier se serait rendu coupable de manœuvres frauduleuses ni qu'il aurait agi de mauvaise foi ; qu'il peut ainsi proportionner les pénalités selon la gravité des agissements commis par le contribuable »[428]. Même si elle existe, la marge de manœuvre du juge est ici très limitée puisque les taux sont fixes. En réalité, seules trois possibilités sont permises, soit le taux de 40 %, celui de 80 % ou les intérêts de retard.

De façon similaire, dans sa décision du 17 septembre 2015, le Conseil a eu à juger d'amendes à taux forfaitaires, prévues par l'article 1736 du Code général des impôts qui punit de 1 500 ou 10 000 euros le défaut de déclaration d'un compte bancaire ouvert à l'étranger, selon que le territoire est ou non coopératif sur le plan fiscal[429]. Les juges ont considéré que « la loi elle-même a assuré la modulation des peines en fonction de la gravité des comportements réprimés en prévoyant deux montants forfaitaires distincts »[430]. Le Conseil a rajouté que « le juge décide après avoir exercé son plein contrôle sur les faits invoqués et la qualification retenue par l'administration, en fonction de l'une ou l'autre des amendes prononcées, soit de maintenir

[428] Cons. const. 17 mars 2011, n° 2010-103, 6e consid.

[429] Cons. const., 17 sept. 2015, n° 2015-481 QPC.

[430] Cons. const., 17 sept. 2015, n° 2015-481 QPC, 7e consid.

l'amende, soit d'en dispenser le contribuable, […], qu'il peut ainsi proportionner les pénalités selon la gravité des agissements commis par le contribuable ».

Pourtant, le contrôle du juge se réduit seulement à une alternative de maintien de l'amende ou de dispense de celle-ci. La position de Conseil constitutionnel en la matière apporte une réelle restriction au principe de proportionnalité, la liberté du juge dans le choix de la peine nécessaire s'en trouvant réduite. Mais les Sages ne sont pas les seuls à restreindre le principe puisque le législateur y a lui aussi apporté quelques tempéraments.

130. Les peines complémentaires obligatoires. A la différence des peines automatiques, les peines complémentaires obligatoires se doivent d'être prononcées par le juge et peuvent être écartées par une décision motivée de la juridiction. Malgré cette possibilité, il est possible de voir dans ce type de peines une atteinte certaine au principe d'individualisation, le prononcé de la sanction étant alors le principe et sa mise à l'écart l'exception. Le mécanisme des peines complémentaires obligatoires a notamment été retenu par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. En son article 19, la loi a modifié l'article 432-17 du Code pénal et a inséré une peine complémentaire obligatoire d'inéligibilité pour les personnes s'étant rendues coupables d'un manquement au devoir de probité, résultant des articles 432-10 et suivants du Code pénal. Plus précisément, le dernier alinéa de l'article 432-17 disposait que « par dérogation au 1° du présent article, le prononcé de la peine complémentaire d'inéligibilité mentionnée au 2° de l'article 131-26 et à l'article 131-26-1 est obligatoire à l'encontre de toute personne coupable de l'une des infractions définies à la section 3 du présent chapitre. Toutefois, la juridiction peut, par une décision spécialement motivée, décider de ne pas prononcer cette peine, en considération des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ». Cet article a été modifié par la loi n° 2017-1339 du 15 septembre 2017 qui a transféré cette peine complémentaire obligatoire au sein d'un nouvel article 131-26-2 du Code pénal. Le texte prévoit désormais que la peine d'inéligibilité devra être prononcée pour treize types d'infractions énumérés par l'article, dans le domaine économique et financier, fiscal et électoral. La juridiction de jugement devra prononcer cette peine, à moins d'émettre une décision spécialement motivée. A noter que le Conseil constitutionnel a déclaré l'article 131-26-2 du Code pénal conforme au principe de nécessité des peines (mis à part en ce qui concerne les infractions de presse) en indiquant qu' « en instituant une peine complémentaire obligatoire d'inéligibilité, le législateur a entendu renforcer l'exigence de probité et d'exemplarité des élus

et la confiance des électeurs dans leurs représentants »[431] sans effectuer un réel contrôle de la nécessité d'une telle sanction et en se contentant de rappeler la possibilité d'y déroger par décision spécialement motivée.

A l'évidence, cette peine laisse peu de marge de manœuvre au juge pénal qui est contraint de la prononcer et qui doit spécialement motiver sa mise à l'écart. Le principe de personnalisation adopte ici une forme négative, ne justifiant plus l'application d'une peine mais son exclusion. Il est dès lors possible de douter de la nécessité d'une telle peine. En outre, ce sont parfois les peines principales elles-mêmes et non plus les peines complémentaires qui portent une atteinte au principe de personnalisation.

131. Les peines comportant un minimum. De manière générale, les minimums légaux de la sanction ont disparu avec le Code pénal de 1994. Auparavant, les quanta de peine étaient limités tant par le haut que par le bas. A titre d'exemple, l'escroquerie simple était punie d'une amende de « 3 600 francs au moins et de 2 500 000 francs au plus »[432]. Dans cette hypothèse, le pouvoir de personnalisation s'en trouvait restreint puisque le juge se devait de prononcer une peine doublement limitée dans son montant. Outre la loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive intégrant les peines planchers dans la législation, il est une disposition particulière en droit économique prévoyant un minimum de quantum. En effet, en matière boursière, les infractions de délit d'initié[433], de manipulation de cours[434] et la diffusion d'information fausse ou trompeuses[435] sont punies d'une amende « de 100 millions d'euros ce montant pouvant être porté jusqu'au décuple du montant de l'avantage retiré du délit, sans que l'amende puisse être inférieure à cet avantage »[436]. Même si cette peine minimale est selon la doctrine compatible avec les principes de nécessité et de personnalisation[437], force est de constater qu'elle apporte une restriction à la liberté du juge dans le choix de la peine nécessaire au cas d'espèce, ce dernier ne pouvant descendre sous le minimum prévu légalement.

---

[431] Cons. const., 8 sept. 2017, n° 2017-752 DC.

[432] Anc. art. 405, al. 1 C. pén.

[433] Art. L. 465-1, al. 1er C. mon. fin.

[434] Art. L. 465-2, al. 1er C. mon. fin.

[435] Art. L. 465-2, al. 2 C. mon. fin.

[436] Art. L. 465-1, al. 1er C. mon. fin.

[437] G. ROYER, *L'efficience en droit pénal économique, op. cit.,* n° 194, p. 210.

Ainsi, le principe de personnalisation, qui participe pleinement et directement au choix de la peine nécessaire et à la modération pénale, fait l'objet de nombreuses atténuations qui diminuent sa portée au profit d'une plus forte répression. Au-delà de la personnalisation de la peine, existe un autre principe à valeur constitutionnelle issu du principe de nécessité et qui s'impose lors du prononcé d'une sanction.

§2 - LE PRINCIPE DE RETROACTIVITE *IN MITIUS* : LA NECESSITE DANS LE TEMPS

132. L'appréciation temporelle du principe de nécessité. Le droit pénal de fond est régi par le principe fondamental de non rétroactivité, sauf dans l'hypothèse d'une loi plus douce. Ce principe est présent à plusieurs échelons de la législation, tant à l'article 15§1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qu'à l'article 112-1 du Code pénal mais également dans la jurisprudence, notamment celle de la Cour de justice de l'Union européenne[438]. A l'inverse, les dispositions moins sévères auront vocation à s'appliquer pour des faits commis avant leur entrée en vigueur. Cette rétroactivité moins sévère, *in mitius*, est intimement liée au principe de nécessité puisque le législateur, à l'aide de ce dernier, adapte la répression selon les circonstances du moment.

Dès lors, ce principe est une obligation pour le juge qui se doit d'appliquer la nouvelle loi à l'espèce qui lui est soumise quand bien même les faits seraient antérieurs à son entrée en vigueur. Il sera pertinent de se pencher d'une part sur la filiation existant entre le principe de rétroactivité *in mitius* et le principe de nécessité (A) pour envisager les atténuations nombreuses dont il souffre en droit pénal des affaires (B).

[438] CJCE, 3 mai 2005, *Berlusconi et autres* ; *Gaz. Pal*. 20-21 mai 2005, note C. SOULARD.

A - Un principe corollaire au principe de nécessité

133. Un principe découlant de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Dans sa décision du 20 janvier 1981, le Conseil constitutionnel a conféré une valeur constitutionnelle au principe de rétroactivité *in mitius*, en le faisant découler du principe de nécessité[439]. Dans leur 75e considérant, les Sages ont affirmé que « le fait de ne pas appliquer aux infractions commises sous l'empire de la loi ancienne la loi pénale nouvelle, plus douce, revient à permettre au juge de prononcer les peines prévues par la loi ancienne et qui, selon l'appréciation même du législateur, ne sont plus nécessaires ». La solution exprimée par le Conseil constitutionnel est conforme à l'appréciation traditionnelle faite du principe de nécessité et l'application de la loi pénale dans le temps. La nécessité de l'incrimination et de la répression repose sur des circonstances propres à une époque donnée. Ces dernières évoluant, certaines dispositions pénales perdent de leur nécessité, de leur utilité, d'où le mécanisme de dépénalisation. Ainsi, « si la loi pénale nouvelle est moins sévère, cela prouve que la rigueur de la loi ancienne n'est plus nécessaire pour assurer la protection sociale »[440]. Le principe de rétroactivité *in mitius* joue donc pleinement son rôle de corollaire du principe de nécessité et de modérateur. En édictant une peine plus douce, le législateur a eu le souhait d'écarter une sanction qui n'est désormais plus nécessaire, justifiant l'application de la loi à des faits commis antérieurement. Pour un auteur, « le Conseil solutionne les conflits de lois dans le temps à la lumière du même principe de nécessité des peines lorsque la loi nouvelle est plus douce »[441]. Il est vrai qu'un raisonnement similaire pourrait être retenu en sens inverse, c'est-à-dire qu'une loi plus sévère devrait s'appliquer rétroactivement puisqu'elle exprime l'adaptation de la législation à un moment donné. Néanmoins, cette solution peut difficilement prospérer dans la mesure où le principe de non-rétroactivité est intimement lié au principe de légalité, lequel ordonne la prévisibilité du droit. Dès lors, appliquer une loi plus sévère à des faits commis antérieurement correspondrait à une certaine forme de nécessité mais serait en contradiction avec le principe de nécessité *stricto sensu*, principe qui commande la modération pénale. Il ne

[439] Cons. const., 20 janv. 1981, n° 80-127 DC.

[440] J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « 1789 : un nouveau droit pénal est né », in *Etudes offertes à Pierre Jaubert*, Presses universitaires de Bordeaux, 1992, p. 172.

[441] B. DE LAMY, « Le principe de la légalité criminelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *art. préc.*

fait nul doute que le principe de rétroactivité *in mitius* contribue à adapter la nécessité de la peine dans le temps malgré quelques réticences doctrinales à cet égard.

134. Les critiques formulées à l'égard de la filiation avec le principe de nécessité. Certains auteurs rejettent le lien existant entre le principe de nécessité et le principe de rétroactivité *in mitius* et ont pu affirmer que « dès lors que l'absence de nécessité de la répression constitue le fondement du principe, pourquoi ne pas admettre qu'elle puisse également en constituer la limite ? Lorsque des circonstances objectives qui ne tiennent pas à un caprice du législateur mettent en évidence que la répression demeure nécessaire pour le passé, on devrait admettre que celle-ci puisse se poursuivre en dépit de l'abrogation du texte répressif »[442]. Le problème serait donc que le principe de rétroactivité *in mitius* comme son contraire seraient fondés sur le principe de nécessité, qui commanderait à la fois de maintenir la répression sous l'empire de l'ancienne loi tout comme d'appliquer la loi nouvelle plus douce. Cette problématique est significative de l'ambivalence du principe, qui peut être appréhendé tant par son versant positif que par son versant négatif. Pour Monsieur le Professeur Xavier PIN, il serait alors préférable de se fonder sur le principe d'égalité de tous devant la loi, le changement ultérieur à la violation de la loi ne modifierait pas la culpabilité des auteurs[443]. Cette solution doit être nuancée dans la mesure où le lien avec le principe de nécessité est indéniable, ce principe ne pouvant être totalement écarté des débats. La nécessité n'est pas un principe immuable mais fait l'objet d'évolutions dans le temps, celle-ci doit donc être constamment reconsidérée. Appliquer la nouvelle loi plus douce à des faits commis antérieurement est une illustration du principe de nécessité dans le temps et de son adaptation chronologique. L'ancienne loi n'étant plus jugée nécessaire par le législateur, il convient de l'écarter. En outre, le principe de nécessité est étroitement lié à la notion de modération de la répression, ce à quoi tend le principe de rétroactivité *in mitius*. Cependant, ces critiques doctrinales n'empêchent pas le Conseil constitutionnel de se référer à l'article 8 de la Déclaration de 1789 pour justifier la rétroactivité des lois plus douces tout comme pour y apporter des atténuations nombreuses en matière économique.

---

[442] F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 343, p. 305.

[443] X. PIN, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. « Cours », 7e éd., 2015, p. 116.

B - Les atténuations au principe de rétroactivité *in mitius* en matière économique

135. La jurisprudence « *Von Saldern* » de la Chambre criminelle de la Cour de cassation. Par une décision du 10 novembre 1970, la Haute juridiction avait refusé l'application d'une règlementation plus douce postérieure aux faits, au motif que celle-ci relevait de la matière économique[444]. En ce sens, les juges ont affirmé « qu'il est de principe que les textes règlementaires en matière économique ou fiscale ne rétroagissent pas à moins de dispositions contraires formellement exprimées », y compris s'ils sont plus doux. La raison de cette solution résidait dans le caractère particulièrement changeant et instable de la réglementation économique et dans la volonté de conférer à ces textes une véritable efficacité. Depuis la reconnaissance de la valeur constitutionnelle du principe de rétroactivité *in mitius*, il était légitime de penser qu'une telle jurisprudence ne pouvait plus trouver à s'appliquer. Or, plusieurs retours à cette solution peuvent être relevés, y compris de la part du Conseil constitutionnel.

136. Les atténuations portées par le Conseil constitutionnel. Parmi les restrictions au principe de rétroactivité *in mitius*, il est possible de citer la loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises qui comportait des dispositions expresses écartant le principe de rétroactivité des dispositions plus douces. En ce sens, l'article 47 de la loi prévoyait l'abaissement du seuil en matière de revente à perte, disposition considérée dès lors comme plus favorable en ce que le champ de répression était réduit[445]. Le IV du même article avait toutefois prévu que « par dérogation aux articles 112-1 et 112-4 du Code pénal, l'infraction à l'article L. 442-2 du code de commerce commise avant le 31 décembre 2006 est jugée, et l'exécution des sanctions prononcées se poursuit, selon la disposition en vigueur lors de sa commission ». Dans sa décision du 29 juillet 2005[446], le Conseil constitutionnel ne s'était pas prononcé sur ce point particulier et ne l'avait pas soulevé d'office. C'est par une décision du 3 décembre 2010 que le Conseil a expressément affirmé la constitutionnalité de la disposition limitant la rétroactivité *in mitius*[447]. Les Sages ont rappelé que le principe de nécessité implique

---

[444] Cass. crim., 10 nov. 1970, *Von Saldern*, *Bull. crim*. n° 293

[445] L. n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, JORF n°0179 du 3 août 2005 page 12639, texte n° 2

[446] Cons. const., 29 juill. 2005, n° 2005-523 DC.

[447] Cons. const., 3 déc. 2010, n° 2010-74 QPC, *JCP* 2011. 82, n°4, obs. E. DREYER ; *D*. 2011. Pan. 1859, obs. C. MASCALA ; *AJ pénal* 2011, p. 30, obs. J.-B. PERRIER.

que les lois pénales plus douces doivent rétroagir, « sauf à ce que la répression antérieure plus sévère soit inhérente aux règles auxquelles la loi nouvelle s'est substituée »[448]. Le Conseil constitutionnel ajoute en son quatrième considérant que « la précédente définition de ce seuil était inhérente à la législation économique antérieure […] ». Outre le rappel traditionnel au principe de nécessité, il est intéressant de relever que le Conseil use du terme « inhérent » pour justifier l'application de la loi ancienne plus sévère. Ce terme « inhérent » renvoie à quelque chose qui est lié d'une manière intime et nécessaire à un autre objet. Cette nécessité d'appliquer l'ancienne législation pour un comportement commis sous son empire renvoie aux développements précédents, le principe de nécessité étant à double face et pouvant jouer en faveur d'un maintien de la loi pénale plus sévère. De la même manière, la décision du Conseil constitutionnel a reçu un accueil à deux visages.

Cette limitation à un principe constitutionnel a été saluée en ce qu'elle concerne la législation économique qui « évolue très vite ce qui permet aux délinquants d'échapper à la répression »[449] et qu'elle s'inscrit dans la logique suivie par la Cour de cassation en la matière[450]. Monsieur le Professeur Xavier PIN relève d'ailleurs que le Conseil constitutionnel a agi dans un souci d'efficience économique mais conteste l'application distributive du principe de rétroactivité *in mitius* selon qu'il s'agisse d'une loi principalement pénale ou d'une loi accessoirement pénale[451]. D'un autre côté, la décision du 3 décembre 2010 a été vivement critiquée par une partie de la doctrine. Un auteur y a vu une atteinte au principe de légalité criminelle en ce qu'une « législation de nature économique puisse déroger au principe de rétroactivité *in mitius* pour ses conséquences pénales. Le champ d'application du principe de légalité criminelle ne peut pourtant pas être réduit aux seules lois pénales *stricto sensu* »[452]. Il est vrai que cette mise à l'écart d'un principe fondamental ne peut se justifier par la nature économique de la disposition en question, une lecture stricte du principe de nécessité aurait d'ailleurs rejeté une telle solution. De plus, cette décision introduit une différence de traitement entre les délinquants, le délinquant d'affaires se voyant appliquer de moindres garanties que le

---

[448] Cons. const., 3 déc. 2010, n° 2010-74 QPC, 3e consid.

[449] A. CAPELLO, « Question prioritaire de constitutionnalité », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, n° 168. Cf. également X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 115.

[450] Cass. crim. 5 avr. 2011, inédit, pourvoi n° 10-86.248.

[451] X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit*, p. 117.

[452] J.-B. PERRIER, « Revente à perte : rétroactivité in mitius et législation économique », *AJ pénal* 2011, p. 30.

délinquant ordinaire[453]. Outre ce cas particulier, le principe de rétroactivité *in mitius* voit son champ d'application restreint en ce qui concerne la pénalisation par renvoi.

137. Le cas de la pénalisation par renvoi. Fort utilisée en droit pénal économique[454], la pénalisation par renvoi offre un cas particulier de mise à l'écart du principe de rétroactivité *in mitius*. Cette hypothèse concerne les cas où ce sont des dispositions réglementaires pour l'application d'une loi qui sont abrogées et remplacées par un texte plus doux. Dans ce cas, la Chambre criminelle de la Cour de cassation affirme que « lorsqu'une disposition législative, support légal d'une incrimination, demeure en vigueur, l'abrogation des textes pris pour son application n'a pas d'effet rétroactif »[455]. Les juges ont alors recours à la notion de « support légal de l'incrimination » pour justifier le maintien de l'ancienne répression. En ce sens, dans un arrêt du 19 mai 2004, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a exclu le principe de rétroactivité *in mitius* en matière de favoritisme[456]. Selon les juges, la loi qui sanctionne l'infraction à des dispositions réglementaires n'est pas affectée par la modification desdites dispositions réglementaires. Par conséquent, les dispositions contenues dans le décret ne s'appliquent pas aux faits commis antérieurement à son entrée en vigueur dès lors que le support légal de l'incrimination n'a pas été modifié. Cette solution a par la suite été étendue au délit de tromperie par un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 15 juin 2004 à l'occasion duquel les juges ont rappelé l'indifférence de l'entrée en vigueur d'un décret plus doux tandis que le support légal de l'incrimination n'avait pas été modifié[457]. Néanmoins, la Haute juridiction rappelle de manière constante que cette jurisprudence ne concerne que les cas où les dispositions légales ne sont pas modifiées en précisant qu' « en l'absence de dispositions contraires expresses, une loi nouvelle, même de nature économique qui, pour une ou des incriminations déterminées, prévoit désormais des peines plus douces, s'applique aux faits commis avant son entrée en vigueur et non encore définitivement jugés »[458]. A juste titre, les juges n'ont pas opéré de distinction entre les dispositions pénales *stricto sensu* et les dispositions d'ordre économique. On peut douter de la pertinence de la réserve formulée par les

---

[453] E. DREYER, « Limitation constitutionnelle de la rétroactivité in mitius », *JCP* 2011. 82, n° 4.

[454] G. ROYER, *L'efficience en droit pénal économique*, *op. cit*., n° 50, p. 72.

[455] Cass. crim., 8 févr. 1988, *Bull. crim*. n° 62.

[456] Cass. crim., 19 mai 2004, *Bull. crim*. n° 131.

[457] Cass. crim., 15 juin 2004, inédit, pourvoi n° 03-84.925.

[458] Cass. crim., 16 févr. 1987, *Bull. crim*. n° 73, *D*. 1988, p. 39, note A. DEKEUWER.

juges quant à une disposition contraire expresse dans la mesure où celle-ci serait en contradiction avec un principe de valeur constitutionnelle et donc supérieur à toute loi. En outre, il convient de souligner que la solution n'a pas toujours été ainsi puisque la Cour de cassation rejetait l'application du principe de rétroactivité *in mitius* en matière économique[459] notamment concernant les lois temporaires[460] pour finalement modérer sa position en la restreignant en cas de disposition expresse[461].

Même si le juge se voit confier de plus en plus le soin de décider de la peine nécessaire en lieu et place du législateur, il doit faire face à de nombreux obstacles qui limitent son action. Au-delà des sanctions, le processus de répression se compose également d'un volet procédural, soumis lui aussi au principe de nécessité.

[459] J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « 1789 : un nouveau droit pénal est né », in *Etudes offertes à Pierre Jaubert*, *op. cit.*,p. 173.

[460] Cass. crim., 3 mai 1974, *Bull. crim.* n° 57.

[461] Cass. crim., 8 nov. 2006, *Bull. crim.* n° 280, *D.* 2007. 10, obs. A. LIENHARD.

CHAPITRE 2

LE PRINCIPE DE NECESSITE DES MESURES N'ETANT PAS DES SANCTIONS AYANT LE CARACTERE D'UNE PUNITION

138. Le principe de nécessité procédural. La procédure pénale, en ce qu'elle a pour finalité de recueillir les preuves et d'identifier les auteurs d'une infraction, porte une atteinte certaine aux libertés individuelles. Marqués par les excès de l'Ancien régime, les déclarants de 1789 ont eu le souhait de limiter ces atteintes au strict nécessaire et de permettre le recours à des mesures moins contraignantes. Ainsi, l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen mentionne que s'il est indispensable d'arrêter l'individu suspecté, « toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi ». De cet article le Conseil constitutionnel en a tiré un principe à valeur constitutionnelle de nécessité des actes de procédure. Ce dernier « s'impose non seulement pour exclure l'arbitraire dans le prononcé des peines, mais encore pour éviter une rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs de l'infraction »[1]. Le principe de nécessité a ainsi vocation à restreindre la capacité du législateur pour protéger les libertés fondamentales et garantir l'équilibre entre efficacité répressive et droits des individus[2]. Ici encore, le principe de nécessité joue le rôle de modérateur de l'action pénale. Ce principe est d'une importance particulière en droit pénal des affaires dans la mesure où la matière est fortement marquée par

[1] Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, 5e consid.

[2] X. PIN, « La nécessité en droit pénal », in *La nécessité en droit international*, Actes du colloque de Grenoble, Pedone, 2007, p. 81-93.

des procédés de dissimulation des infractions sophistiqués, la procédure s'avérant donc primordiale. Dans ces conditions, il est important de limiter les effets néfastes des mesures de contrainte qui pourraient être fréquemment constatés en raison des difficultés rencontrées par les autorités d'enquête.

139. Un principe concernant l'intégralité de la procédure. Le principe de nécessité procédural dispose d'un spectre d'intervention particulièrement large. Est concernée à juste titre la procédure pénale *stricto sensu*, c'est-à-dire les actes à disposition de l'enquêteur, qu'il soit magistrat ou policier : transport sur les lieux, constatation, examen scientifique ou technique, contrôles et vérifications d'identité, audition, garde à vue, perquisition, fouille, saisie, interception de correspondances émises par la voie des télécommunications[3]. De son côté, le Conseil constitutionnel est venu en énoncer les contours dans une décision du 13 mars 2003 en affirmant que le principe de nécessité s'imposait tant aux actes d'enquête que d'instruction[4]. Plus précisément, sont concernés les actes d'enquête de la police judiciaire[5], que ce soit dans le cadre d'une enquête de flagrance que d'une enquête préliminaire[6]. Mais le principe de nécessité de la procédure s'étend également aux autorités administratives indépendantes, qui disposent de pouvoirs d'enquête dans le cadre de leurs missions, dont l'Autorité des marchés financiers[7], qui « figure au nombre des autorités administratives indépendantes dont les pouvoirs d'enquête sont les plus étendus »[8] ou l'Autorité de la concurrence[9].

Le principe de nécessité de la procédure présente de nombreuses similitudes avec le principe de nécessité des sanctions. En premier lieu, il est généralement accompagné du principe de proportionnalité, qui s'avère être un fondement davantage utile pour les autorités chargées de contrôler le respect du principe. En second lieu, la nécessité peut être appréhendée par son versant abstrait ou par son versant concret. Ce principe « s'impose à la fois au législateur

---

[3] S.GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, LexisNexis, coll. « Manuel », 10e éd., 2014, n°594 et 595, p. 523.

[4] Cons. const., 13 mars 2003, n° 2003-467, 54e consid.

[5] S.GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n°706, p. 563

[6] Cons. const., 18 juin 2012, n° 2012-257 QPC.

[7] Art. L. 621-9 et s. C. mon. fin.

[8] C. LE CORRE, « Les droits de la défense mis à l'épreuve par l'évolution des pouvoirs d'enquête de l'AMF », *RLDA* 2014/93, p. 96.

[9] Art. L. 450-1 et s. C.com.

– au stade de l'élaboration de la norme procédurale, et aux forces de l'ordre et magistrats, lors de la mise en œuvre de la loi »[10]. Le principe de nécessité de la procédure présente alors un double visage (Section 1), dont la perception diffère selon que l'on se penche sur la face abstraite ou sur la face concrète.

Malgré une certaine dichotomie, le principe de nécessité affiche une unité sur un point. A la lecture des textes législatifs ou de la jurisprudence, il ressort que la charge du respect de la nécessité soit constamment reportée sur un organe, l'autorité judiciaire. Celle-ci apparaît dès lors comme la garante ultime du principe de nécessité (Section 2), tant en ce qui concerne la nécessité abstraite de la mesure que de son application concrète.

[10] O. CAHN, « Le principe de nécessité en droit pénal – thèse radicale », in *Le principe de nécessité en droit pénal, Actes de la journée d'études radicales du 12 mars 2012*, *op. cit.*, p. 24.

SECTION 1

LA DUALITE DU PRINCIPE DE NECESSITE EN MATIERE PROCEDURALE

140. Le double visage du principe de nécessité procédural. Le caractère pratique de la procédure pénale justifie que le principe de nécessité puisse s'appréhender en fonction des faits de l'espèce, mais celui-ci peut néanmoins être pris par son versant abstrait. L'appréciation de la nécessité peut apparaître plus aisée en la matière, l'acte de procédure se devant d'être nécessaire au but poursuivi et rester mesuré dans son atteinte aux libertés individuelles. Le principe de nécessité abstrait renvoie à la vision traditionnelle du principe de nécessité en tant qu'obligation fondamentale à la charge du législateur. Le Parlement, tout comme lorsqu'il choisit d'incriminer ou d'insérer une sanction, se doit de mesurer la nécessité d'un acte procédural. En ce qu'ils sont attentatoires aux libertés individuelles, les actes de procédure doivent être strictement nécessaires. Cette appréciation *in abstracto* du principe de nécessité (§1) ne doit pas pour autant éviter de le mesurer à l'aune d'une situation particulière. Lors de son application par les autorités compétentes, l'acte de procédure doit être soumis à un contrôle, cette fois *in concreto* de sa nécessité (§2).

§1 - L'APPRECIATION *IN ABSTRACTO* DU PRINCIPE DE NECESSITE

141. Une prérogative exclusive du Conseil constitutionnel. La procédure pénale étant du domaine réservée de la loi[11], sa conformité à la Constitution ne peut être examinée que par le Conseil constitutionnel. Sur le fondement de l'article 9 de la Déclaration de 1789, ce dernier reconnaît une obligation de nécessité des mesures procédurales qui lui sont soumises. Néanmoins, juger de la nécessité d'une loi, quand bien même des libertés individuelles seraient en jeu, revient à juger de l'action législative. Dès lors, et sans grande surprise, les Sages effectuent un contrôle restreint (A), exception faite des cas où la liberté d'aller et de venir est atteinte par une mesure procédurale (B).

A - Le contrôle traditionnellement restreint sur l'action législative

142. L'appréciation du principe par le Conseil constitutionnel. Pour le juge constitutionnel, le principe de nécessité procédural correspond à une idée de cohérence entre la mesure législative et l'objectif qu'elle poursuit, comportant deux exigences particulières. En premier lieu, l'acte de procédure doit être nécessaire à l'objectif qu'il poursuit. En second lieu, l'atteinte qu'il porte aux droits fondamentaux doit être proportionnée à l'importance de cet objectif. En d'autres termes, « plus l'atteinte est grave, plus l'objectif doit être important »[12]. La difficulté réside dans l'appréciation de cet objectif, qui est souvent formulé en termes vagues et fait traditionnellement référence à l'ordre public. Ainsi, le Conseil constitutionnel admet des atteintes aux droits constitutionnellement garantis, à condition que les mesures « soient nécessaires à la manifestation de la vérité, proportionnées à la gravité et à la complexité des infractions commises et n'introduisent pas de discriminations injustifiées »[13]. Dans sa décision Sécurité et Liberté du 20 janvier 1981, il a ainsi indiqué que « la recherche des auteurs d'infractions et la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment d'atteintes à la sécurité des personnes et des biens, sont nécessaires à la mise en œuvre de principes et de droits ayant

---

[11] Art. 34 Constit.

[12] R. BOUSTA, « Contrôle constitutionnel de proportionnalité. La spécificité française à l'épreuve des évolutions récentes », *RFDC*, 2011/4, n° 88, p. 915.

[13] Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC.

valeur constitutionnelle »[14]. Dans le même sens, à l'occasion d'une décision du 16 juin 1999, le Conseil constitutionnel a affirmé que « la recherche et la condamnation des auteurs d'infractions » constituent des « objectifs de valeur constitutionnelle »[15]. Ces objectifs doivent donc être conciliés par le législateur avec « l'exercice des libertés publiques constitutionnellement garanties ». Au regard de la complexité et de la certaine gravité des infractions d'affaires, il est légitime de craindre une trop grande atteinte aux droits garantis par les mesures procédurales. Dès lors, le principe de nécessité procédural joue un rôle de modération centrale en droit pénal des affaires. On comprend que cette méthode de contrôle trouve ses limites dans ce système de comparaison de valeurs entre but poursuivi et droit garanti. Aussi, le Conseil constitutionnel a tenté de se référer plus clairement à des critères de nécessité.

143. Vers un contrôle de la nécessité plus efficient ? Dans le sillage de la jurisprudence constitutionnelle allemande[16], le juge européen de Strasbourg se réfère classiquement à trois critères pour apprécier la nécessité d'un acte de contrainte[17]. Premièrement, l'exigence de nécessité impose que la mesure ne doit pas être plus restrictive que ce que l'exige le but poursuivi. Si une autre mesure moins contraignante est possible, elle doit lui être préférée. Le deuxième critère renvoie à l'adéquation, c'est-à-dire que la mesure doit permettre d'atteindre l'objectif fixé. Enfin, la proportionnalité met en balance les inconvénients apportés et les avantages qui en résultent. Ces critères permettent de porter un regard plus complet sur la nécessité de la mesure procédurale et tendent à un contrôle plus complet.

Le Conseil constitutionnel, dans une décision du 21 février 2008, a eu l'occasion de reprendre ce raisonnement tout en délaissant son système traditionnel de comparaison de valeurs[18]. Saisi sur le fondement de l'article 9 de la Déclaration de 1789, le juge constitutionnel a pu énoncer pour la première fois « que les atteintes portées à l'exercice de ces libertés doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à l'objectif de prévention poursuivi »[19].

---

[14] Cons. const., 19 et 20 janv. 1981, n° 80-127 DC, 56e consid.

[15] Cons. const., 16 juin 1999, n° 99-411 DC, 2e consid.

[16] BVerfG, 11 juin 1958, „*Apotheken-Urteil*" ; Az.: 1 BvR 596/56.

[17] CEDH, 7 déc. 1976, *Handyside c./ Royaume-Uni*, Série A n° 24 , § 49

[18] Cons. const., 21 févr. 2008, n° 2008-562 DC.

[19] Cons. const., 21 févr. 2008, n° 2008-562 DC, 13e consid.

Néanmoins et à l'instar de sa position en matière de nécessité des peines, on peut regretter avec un auteur que « le contrôle de la nécessité semble toujours exclu par le Conseil, alors que le contrôle de l'adéquation et le contrôle de la proportionnalité stricte sont au contraire admis dès lors qu'un droit ou une liberté est compromise »[20]. En effet, les Sages se refusent toujours à toute atteinte au principe de séparation des pouvoirs et ne contrôlent pas la nécessité de la mesure en tant que telle dans la législation. On pouvait légitimement s'attendre à une telle solution de la part du Conseil constitutionnel alors que ce dernier dispose des prérogatives pour exercer un contrôle étendu sur la nécessité de la mesure procédurale. Toutefois, exclure tout contrôle de la part des juges constitutionnels serait inexact, ces derniers étant particulièrement attentifs aux atteintes à la liberté d'aller et venir et notamment à la garde à vue prolongée en matière économique.

B - Le rejet récurent de la garde à vue prolongée en matière économique

144. La garde à vue prolongée en matière de délits fiscaux. La garde à vue est régie par les articles 62-2 et suivants du Code de procédure pénale pour sa partie générale et dont la durée est fixée à vingt-quatre heures. Néanmoins, et à plusieurs reprises, le législateur a eu le souhait d'appliquer à certaines infractions d'affaires la procédure dérogatoire en matière de garde à vue prévue à l'article 706-88 du Code de procédure pénale[21] qui permet un allongement de la durée de la contrainte. En ce sens, la loi du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière souhaitait permettre en son article 66, paragraphes IV et VI l'application de la garde à vue prolongée pour plusieurs infractions. Cet article prévoyait une réécriture de l'article 706-1-1 du Code de procédure pénale appliquant le régime dérogatoire de la garde à vue aux délits de fraude fiscale des articles 1741 et 1743 du Code général des impôts « lorsqu'ils sont commis en bande organisée ou lorsqu'il existe des présomptions caractérisées que ces infractions résultent d'un des comportements mentionnés aux 1° à 5° de l'article L. 228 du Livre des procédures

[20] V. GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel : défense et illustration d'une théorie générale », *RFDC* 2001/1, p. 77.

[21] Selon lequel : « Pour l'application des articles 63, 77 et 154, si les nécessités de l'enquête ou de l'instruction relatives à l'une des infractions entrant dans le champ d'application de l'article 706-73 l'exigent, la garde à vue d'une personne peut, à titre exceptionnel, faire l'objet de deux prolongations supplémentaires de vingt-quatre heures chacune […] ».

fiscales », aux délits douaniers prévus par le dernier alinéa de l'article 414 et l'article 415 du Code des douanes « lorsqu'ils sont punis d'une peine d'emprisonnement supérieure à cinq ans » et au blanchiment de ces délits. En outre, l'article 66 de la loi prévoyait l'application de la garde à vue prolongée aux délits de corruption et de trafic d'influence. Le texte législatif fut présenté au Conseil constitutionnel qui rendit sa décision le 4 décembre 2013[22]. Les requérants soutenaient que le recours à la garde à vue de quatre-vingt-seize heures méconnaissait « l'interdiction de toute rigueur non nécessaire dans les mesures d'enquête et d'instruction »[23]. Pour les Sages, « à l'exception du délit prévu par le dernier alinéa de l'article 414 du Code des douanes, les infractions énumérées par l'article 706-1-1, de corruption et de trafic d'influence ainsi que de fraude fiscale et douanière, constituent des délits qui ne sont pas susceptibles de porter atteinte en eux-mêmes à la sécurité, à la dignité ou à la vie des personnes »[24]. Le Conseil constitutionnel conclut à l'inconstitutionnalité de cette disposition en rappelant que le recours à la garde à vue prolongée porte une atteinte qui ne peut être regardée comme proportionnée au but poursuivi. Pour déclarer ces mesures non nécessaires, le Conseil constitutionnel a retenu l'absence de gravité des délits, ce qui laisse penser que la liberté d'aller et venir ne peut être limitée que dans les cas d'atteinte à la sécurité ou à la dignité ou à la vie des personnes. Pourtant, la garde à vue prolongée prévue par l'article 706-88 du Code de procédure pénale est applicable à des infractions telles que le vol commis en bande organisée, le faux monnayage ou encore le recel et le blanchiment. Il est dès lors possible de relever une certaine contradiction dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, ce dernier ayant jugé ladite disposition conforme à la Constitution alors que les infractions en cause présentent de grandes similitudes[25].

145. La garde à vue prolongée en matière d'escroquerie. Par la suite, le législateur a eu la volonté d'appliquer la garde à vue de quatre-vingt-seize heures au délit d'escroquerie en bande organisée. Insérée puis supprimée par plusieurs lois successives, cette possibilité trouvait sa source légale au sein de l'article 706-73, 8° bis du Code de procédure pénale. Saisi par le biais d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a été amené à se prononcer sur cette disposition le 9 octobre 2014[26]. Dans sa

[22] Cons. const., 4 déc. 2013, n° 2013-679 DC.

[23] Cons. const., 4 déc. 2013, n° 2013-679 DC, 67e consid.

[24] Cons. const., 4 déc. 2013, n° 2013-679 DC, 77e consid.

[25] Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC.

[26] Cons. const., 9 oct. 2014, n° 2014-420/421 QPC.

décision, le Conseil constitutionnel souligne que même « lorsqu'il est commis en bande organisé, le délit d'escroquerie n'est pas susceptible de porter atteinte en lui-même à la sécurité, à la dignité ou à la vie des personnes »[27]. En jugeant cette mesure dérogatoire comme non nécessaire, le Conseil constitutionnel a abrogé la disposition. La réticence des Sages est d'autant plus importante qu'une loi du 27 mai 2014 était intervenue pour limiter le recours au régime dérogatoire pour l'escroquerie en bande organisée, reprenant les exigences constitutionnelles en affirmant qu'« à titre exceptionnel, il peut être appliqué si les faits ont été commis dans des conditions portant atteinte à la sécurité, à la dignité ou à la vie de personnes […] »[28]. Malgré cette précaution, le Conseil constitutionnel a décidé d'abroger la disposition, marquant ainsi sa désapprobation à la garde à vue prolongée en matière d'atteinte aux biens[29]. Tout comme lors de sa décision du 4 décembre 2013, le Conseil constitutionnel pose une absence de nécessité de principe pour les restrictions à la liberté d'aller et venir en matière d'infractions économiques et ne portant pas atteinte à la sécurité des personnes. Le principe de nécessité procédurale joue ici pleinement son rôle de modérateur de l'action pénale tel que prévu à l'article 9 de la Déclaration de 1789.

Le principe de nécessité, en tant qu'obligation à la charge du législateur, doit guider le choix de la mesure de contrainte et de son insertion en droit positif. Mais au-delà de son acception abstraite traditionnelle, le principe de nécessité procédural peut être approché par son versant concret, ce dernier s'appliquant lors de la mise en œuvre de l'acte de procédure à un cas d'espèce.

§2 - L'APPRECIATION *IN CONCRETO* DU PRINCIPE DE NECESSITE

146. La nécessité de la mesure aux faits concernés. Appliqué à un cas d'espèce, le principe de nécessité est volontiers couplé au principe de proportionnalité tout comme en

---

[27] Cons. const., 9 oct. 2014, n° 2014-420/421 QPC, M. Maurice L. et autres, 13e consid.

[28] L. n° 2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales, JORF n° 0123 du 28 mai 2014, p. 8864.

[29] J.-B. PERRIER, « Le conseil constitutionnel, l'escroquerie en bande organisée et la garde à vue : l'abstraction de l'inconstitutionnalité », note sous Cons. const., 9 oct. 2014, n° 2014-420/421 QPC, *AJ pénal* 2014, p. 574.

matière de sanctions. Comme le résument des auteurs, « la condition de nécessité est essentiellement caractérisée par ce lien entre la personne ou le lieu concernés et le dossier de l'enquête. Quant à la proportionnalité, elle est vérifiée par l'étendue de la perquisition ou de la saisie qui doit être également mesurée en fonction du lien précité »[30]. Dès lors, l'acte de procédure doit être strictement nécessaire aux besoins de l'espèce, son application ne devant pas prêter à discussion (A). En ce qui concerne la proportionnalité, celle-ci participe à la nécessité et s'intègre parfaitement à un système de mise en balance et d'appréciation mathématique[31] de la mesure procédurale[32] (B).

A - La nécessité concrète de la mesure de contrainte

147. La nécessité de la mesure par rapport aux faits de l'espèce. Outre la nécessité abstraite de la mesure qui constitue une obligation à la charge du législateur, la nécessité procédurale s'appréhende également *in concreto* au regard des besoins de l'affaire concernée. Les mesures coercitives « ne peuvent être prescrites que si elles sont justifiées, ou exigées, par *les nécessités de l'enquête ou de l'information* »[33]. Cette exigence est maintes fois rappelée au sein du Code de procédure pénale notamment à propos de la garde à vue[34], de la perquisition[35], des écoutes et de la sonorisation[36] et de la détention provisoire[37]. Mais la nécessité s'étend également à la procédure répressive *lato sensu* puisque l'article L. 621-10 du Code monétaire et financier expose clairement que les enquêteurs de l'Autorité des marchés financiers ne peuvent exercer leurs fonctions que « pour les nécessités de l'enquête ». Aussi, c'est cette nécessité, à la charge des autorités judiciaires, qui permettra de contrôler l'existence de liens suffisamment forts entre la disposition procédurale appliquée et les objectifs poursuivis.

---

[30] S.GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n°860, p. 626.

[31] M. GUIBAL, « De la proportionnalité », *AJDA*, 1978, p. 486.

[32] J.-H. ROBERT, « La punition selon le Conseil constitutionnel », *art. préc.*

[33] F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUET, *Traité de procédure pénale*, Economica, coll. « Corpus-Droit privé », 2e éd., 2012, n° 267, p. 173.

[34] Art. 63, 77, 154 et 706-88 C. pr. pén.

[35] Art. 706-89 à 706-91 C. pr. pén.

[36] Art. 100, 706-95 et 706-96 C. pr. pén.

[37] Art. 137 C. pr. pén.

Participant pleinement à la modération de l'intervention pénale, le principe de nécessité soumet les actes de procédure à un recours limité aux besoins de l'enquête.

148. Le contrôle de la nécessité opéré par les juridictions internes. L'appréciation de cette nécessité *in concreto* se distingue aisément de celle, purement abstraite, à la charge du législateur. Néanmoins, on peut également y regretter la faiblesse du contrôle, les juges ne faisant pas référence à des critères précis permettant de relier la mesure prise et les objectifs qu'elle poursuit par une stricte relation de nécessité. En ce sens, la Commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers a eu à se prononcer en 2007 sur la nécessité d'une procédure diligentée en application des articles L. 621-9 à L. 621-12 du Code monétaire et financier [38] . Les personnes faisant l'objet des mesures procédurales avançaient un détournement de procédure de la part des enquêteurs, violant ainsi la nécessité devant régner sur les actes d'investigations. Par un argumentaire lapidaire, la Commission des sanctions se contente d'affirmer que « n'ont été prises que les mesures coercitives strictement nécessaires à la manifestation de la vérité », rejetant de ce fait la demande de nullité de la procédure. Cette position ne peut recevoir notre approbation tant la nécessité a besoin d'être justifiée par des critères précis afin d'éviter les excès du droit pénal. Il eut été préférable que la décision s'attarde préciser en quoi la procédure diligentée respectait le principe de stricte nécessité eu égard aux faits d'espèce, les juridictions étant sur ce point les mieux placées pour effectuer ce contrôle.

A l'aide notamment de la jurisprudence européenne, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a développé un raisonnement à propos des mesures d'enquête. Bien que la Cour de cassation ne puisse disposer d'un contrôle similaire à celui des juges de Strasbourg en ce qu'elle juge du droit et non du fait, cette dernière tend à développer son contrôle en s'inspirant fortement des juges européens. En ce sens, la Haute juridiction exige que les juges du fond démontrent le caractère nécessaire de la mesure[39] eu égard aux faits d'espèce. Il convient toutefois d'apporter une nuance à ce contrôle dans la mesure où la Cour de cassation estime parfois que le contrôle de la nécessité revient exclusivement au magistrat chargé d'assurer le contrôle direct et immédiat de la mesure coercitive[40]. En ce sens, une décision illustre le raisonnement de la Cour de cassation puisque dans un arrêt du 16 juin 2011, la Haute

[38] Commissions des sanctions, 29 nov. 2007, Décision de sanction a l'égard de la société Alliance développement capital, et de MM. Alain Dumenil, Thierry Janus et Patrick Poligone.

[39] Cass. crim., 5 déc. 2000, *Bull. crim*. n° 362.

[40] Cass. crim., 4 janv. 2005, *Bull. crim.* n° 3.

juridiction a considéré que le juge, saisi d'un recours contre une opération de visite et de saisie, ne peut ordonner une mesure d'instruction sur la sécabilité d'une messagerie électronique, une telle mesure étant sans rapport concret avec le litige[41]. Ce contrôle du lien de nécessité a ainsi été rappelé lors de trois arrêts rendus le 11 janvier 2012 au visa de l'article L. 450-4 du Code de commerce et de l'article 143 du Code de procédure civile, la Chambre criminelle affirmant que « seuls les faits dont dépend la solution du litige peuvent, à la demande des parties ou d'office, être l'objet d'une mesure d'instruction »[42]. Il ressort de l'étude de la jurisprudence que les juridictions internes ne sont pas enclines à contrôler la stricte nécessité des mesures procédurales au regard des faits concernés. C'est du côté de la Cour européenne des droits de l'homme qu'il faut se tourner pour apercevoir une solution davantage détaillée sur la nécessité procédurale.

149. La nécessité selon la Cour européenne des droits de l'homme. Bien que la Cour européenne des droits de l'homme ne réglemente pas l'admissibilité des preuves, qui relève exclusivement du droit interne[43], cette dernière opère un contrôle approfondi sur la nécessité de la mesure au sein de la législation de l'Etat membre. Ainsi, les juges de Strasbourg ont développé un raisonnement s'articulant autour de trois pôles pour s'assurer de la nécessité de la mesure.

En premier lieu, l'ingérence doit émaner de l'Etat, c'est-à-dire émanant « des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat »[44]. Cette ingérence elle-même doit présenter trois caractéristiques cumulatives, elle doit être prévue par la loi, elle doit poursuivre un but légitime et doit être nécessaire dans une société démocratique. La prévision par la loi est interprétée de façon extensive puisque la loi doit être prise dans son sens matériel et non formel. Elle s'entend de l'ensemble du droit en vigueur, qu'il soit législatif, réglementaire ou jurisprudentiel, y compris les conventions internationales applicables dans l'ordre interne[45].

---

[41] Cass. crim., 16 juin 2011, *Bull. crim.* n° 135.

[42] Cass. crim., 11 janv. 2012, pourvoi n° 10-88.197, *Bull. crim.* n° 10 ; inédit, pourvoi n° 10-88.193 ; inédit, n° 10-88.194.

[43] CEDH, 24 juin 1988, *Schenk c./ Suisse*, req. n° 10862/84, § 46.

[44] CEDH, 20 avr. 1993, *Sibson c./ Royaume-Uni,* Série A n° 258-A, § 28.

[45] CEDH, 22 févr. 1992, *Anderson*, Série A n° 226, § 84.

Conformément au principe de légalité, cette loi doit être accessible aux citoyens, claire et doit prévoir avec précision les modalités de toute limitation des garanties fondamentales[46].

La poursuite d'un but légitime consiste notamment à protéger les intérêts généraux à savoir l'ordre public, la prévention des infractions ou encore le bien-être économique du pays. Concernant ce dernier but poursuivi, la Cour a eu l'occasion de se prononcer à l'occasion de trois arrêts concernant la France le 25 février 1993[47]. Lors d'une visite domiciliaire, des douaniers, chargés d'une enquête portant sur des irrégularités financières en lien avec l'étranger, avaient saisi des documents aux requérants. La Cour a vérifié le respect des critères concernant l'ingérence portée à l'article 8 de la Convention et le respect du domicile et s'est penchée notamment dans le paragraphe 52 de sa décision sur le but légitime poursuivi par cette visite domiciliaire. La Cour a relevé que la mesure coercitive avait pour objectif « le bien-être économique du pays », justifiant dès lors une atteinte à un droit garanti par la Convention.

L'ingérence doit enfin être nécessaire dans une société démocratique. Concernant le terme de « société démocratique », la Cour a décidé qu'en sont des éléments caractéristiques le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture[48]. La nécessité renvoie à un besoin social impérieux et à une proportion avec le but poursuivi[49] puisque l'ingérence doit reposer sur de justes motifs qui sont à la fois pertinents et suffisants[50]. Pour la Cour, le terme « nécessaire » est intermédiaire entre « indispensable » et « admissible », « opportun » ou « raisonnable » et implique « un besoin social impérieux »[51]. Dès lors, si la Cour de Strasbourg relève que la mesure instituée dans le droit interne de l'Etat ne satisfait pas à ces exigences, elle la déclare contraire à la Convention, contraignant un changement de la législation interne.

150. L'intensité du contrôle de nécessité par la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour de Strasbourg, même si elle opère un contrôle complet et détaillé, permet des restrictions aux droits garantis. Ainsi, les articles 8 à 11 de la Convention prévoient qu'une

---

[46] CEDH, 24 mars 1988, *Olsson c./ Suède*, Série A n° 130, § 61.

[47] CEDH, 25 févr. 1993, *Funke c./ France*, *Crémieux c./ France et Miailhe c./ France*, Série A n° 256-A, B et C respectivement.

[48] CEDH, 7 déc. 1976, *Handyside c./ Royaume-Uni*, Série A n° 24, § 50 et s.

[49] CEDH, 26 avr. 1979, *Sunday Times c./ Royaume-Uni*, Série A n° 30, § 63 et s. ; 14 sept. 1987, *Gillow c./ Royaume-Uni*, § 55.

[50] CEDH, 22 oct. 1981, *Dudgeon c./ Royaume-Uni*, Série A n° 45, § 51 et s.

[51] CEDH, 26 nov. 1991, *Sunday Times c./ Royaume-Uni*, Série A n° 217, § 59.

ingérence de l'Etat est possible dans le souci d'assurer la protection de l'ordre public. Sont donc susceptibles de limitation les droits au respect de la vie privée, du domicile et la correspondance.

Par exemple, dans une décision du 16 décembre 1992, la Cour européenne des droits de l'homme a décidé que la perquisition devait répondre aux exigences de la nécessité de l'ingérence dans une société démocratique[52]. De plus, dans un arrêt du 2 septembre 2010, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que la surveillance par géolocalisation au cours d'une enquête portant sur des infractions très graves ne méconnaît pas le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention, sous réserve de l'existence d'une base légale suffisante rendant la mesure suffisamment prévisible, de l'existence de garanties suffisantes contre les abus, telles que l'existence d'un contrôle judiciaire de la mesure pouvant conduire à l'exclusion des débats des éléments recueillis illégalement, enfin de la proportionnalité de la mesure aux buts légitimes poursuivis et qu'elle était donc, telle qu'effectuée dans les circonstances de l'espèce, « nécessaire dans une société démocratique au sens de l'article 8 § 2 »[53].

La Cour laisse une marge de manœuvre importante aux Etats car « les autorités nationales, parce qu'elles sont en contact direct avec la réalité, sont les mieux placées pour se prononcer sur d'éventuelles restrictions des droits et libertés »[54]. Aussi, la Cour va vérifier si les motifs invoqués sont « pertinents et suffisants »[55], l'appréciation se faisant *in concreto* puisque la Cour prend en compte notamment les circonstances particulières de l'affaire et l'atmosphère au sein du pays au moment des faits[56]. Concernant la charge de la preuve, la Cour considère que c'est à l'Etat de justifier l'ingérence[57] et d'apporter des motifs « pertinents et convaincants », celle-ci devant être « établie de façon convaincante »[58]. Alors que la nécessité fait l'objet d'un contrôle plus approfondi de la part de la Cour européenne des droits de l'homme, les juridictions internes sont peu attentives au principe de nécessité issu de l'article 9 de la Déclaration de 1789. A l'instar du principe de nécessité des sanctions, la notion est suppléée par celle de proportionnalité.

---

[52] CEDH, 16 déc. 1992, *Niemietz c./ Allemagne*, req. n° 13710/88.

[53] CEDH, 2 sept. 2010, *Uzun c./ Allemagne*, req. n° 35623/05.

[54] J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, *op. cit.*, n° 26, p. 28.

[55] CEDH, 24 mars 1988, *Olsson c./ Suède*, Série A n° 130, § 68.

[56] CEDH, 8 juil. 1987, *Lingens c./ Autriche*, Série A n° 103, § 43.

[57] CEDH, Requête, 27 juin 1995, , *Chahal c./ Royaume-Uni*, req. n° 22414/93§ 136.

[58] CEDH, 22 mai 1990, *Autronic c./ Suisse*, Série A n° 178, § 61.

B - La proportionnalité de la mesure de contrainte

151. La proportionnalité des procédés employés. Analyser la proportionnalité des mesures en tant que telles permet d'éviter une intrusion trop forte dans les droits et libertés individuels garantis et de modérer l'intervention pénale. En ce sens, le principe de proportionnalité participe pleinement à la nécessité de la mesure, au même titre qu'en matière de sanctions. Mais il est délicat de poser une échelle fixe au sommet de laquelle une disposition serait automatiquement considérée comme disproportionnée. Le principe de proportionnalité est donc une question qui doit être réglée de manière concrète, en prenant en compte tous les éléments de l'espèce. Tel fut le cas dans une décision du 29 juin 2016[59], la Chambre criminelle de la Cour de cassation a été saisie d'un pourvoi tendant à faire annuler une ordonnance du premier président de la Cour d'appel de Nîmes ayant confirmé l'ordonnance du juge des libertés et de la détention autorisant des opérations de visite et de saisie d'agents de l'Autorité de la concurrence sur le fondement de l'article L. 450-4 du Code de commerce. La société requérante avançait une violation du principe de proportionnalité des mesures d'investigations violant également l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour de cassation conclut à la validité de l'ordonnance et de la mesure de visite au motif qu'une présomption de pratiques anticoncurrentielles avait été relevée par le premier président et que dès lors, la mesure d'enquête était proportionnée. Les solutions de la Cour de cassation ont une approche particulière de la proportionnalité qui, traditionnellement, s'apparente à une mesure, une mise en balance et confère davantage à un contrôle mathématique, à un calcul. Cet aspect se retrouve en la matière lorsque les juges ont à contrôler l'étendue des actes de procédure.

152. L'étendue de la mesure d'enquête. Le contrôle portant sur l'étendue de l'acte d'enquête s'associe davantage à l'acceptation traditionnelle de la proportionnalité. Il est ici question par exemple du nombre de documents pouvant être saisis ou consultés, ou des objets pouvant être perquisitionnés. Ainsi, par un arrêt du 30 novembre 2011, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a réaffirmé la légalité des saisies totales de fichiers indivisibles, pourvu, d'une part, qu'ils soient « susceptibles de contenir des éléments relatifs à l'objet de l'opération autorisée » et que, d'autre part, le propriétaire des fichiers ait été mis « en mesure de connaître le contenu des données appréhendées et de solliciter la restitution des documents protégés »,

[59] Cass. crim., 29 juin 2016, inédit, pourvoi n°15-81889.

notamment ceux qui sont liés à « l'exercice de la défense »[60]. Concernant la procédure en amont, la Haute juridiction rappelle que le premier président de la cour d'appel, saisi d'un recours contre une saisie informatique globale, n'était pas fondé à annuler la saisie dans son ensemble au motif que des pièces sans rapport avec l'objet de la mesure de visite et saisie avaient pu être appréhendées. Le juge doit donc exercer un contrôle effectif sur ces saisies en vérifiant qu'elles sont conformes à l'autorisation donnée et qu'elles ont un rapport avec l'objet de l'enquête des fonctionnaires. La position de la Cour de cassation doit être saluée au regard de la notion de proportionnalité développée depuis des siècles, celle-ci ne pouvant se contenter d'un contrôle global et léger. De ce point de vue, le contrôle de proportionnalité concourt à l'application d'une mesure nécessaire.

Dans le même sens, il convient de relever une décision du 3 juillet 2012 de la Cour européenne des droits de l'homme, concernant des opérations de visite et saisie ordonnées par un juge d'instruction dans le cabinet d'un avocat viennois, soupçonné dans le cadre d'une procédure pénale dirigée contre lui de faits de malversations et de fraudes à l'encontre de deux clients[61]. La Cour relève que le mandat de perquisition avait été rédigé en termes très larges et autorisait de manière générale et illimitée la visite et la saisie de documents et ordinateurs personnels, sans cantonner les saisies aux seuls supports concernant les données relatives aux deux clients de l'avocat. La Cour de Strasbourg, constatant des manquements dans la limitation de la portée du mandat, relève que la façon dont la juridiction a exercé son contrôle dans cette affaire ne lui permet pas d'établir si la recherche de l'ensemble des données informatiques était proportionnée dans les circonstances de l'espèce et conclut à la violation de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cette stricte nécessité dans l'étendue de la mesure d'enquête fut également rappelée par les juges de Strasbourg le 2 avril 2015 à l'encontre de la France à propos de la perquisition et de la saisie de documents informatiques[62].

Alors que la nécessité intrinsèque de la mesure de contrainte n'est que légèrement examinée, il apparaît à la lecture de la jurisprudence constitutionnelle que le principe soit satisfait dès qu'il existe un contrôle de la part du juge judiciaire lors de l'application de l'acte de procédure. Cette solution mérite d'être étudiée dans la mesure où elle place l'autorité

---

[60] Cass. crim., 30 nov. 2011, *Bull. crim.* n° 243.

[61] CEDH, 3 juill. 2012, *Robathin c./ Autriche*, req. n° 30457/06.

[62] CEDH, 2 avril 2015, *Vinci Construction et Gtm génie civil et services c./ France*, req. n° 63629/10 et 60567/10.

judiciaire en position de garante du principe de nécessité, un tel glissement de l'obligation ayant déjà été relevé en matière de sanctions.

SECTION 2

LE JUGE, ULTIME GARANT DU PRINCIPE DE NECESSITE PROCEDURAL

153. La place centrale du juge dans l'appréciation de la nécessité. Le principe de nécessité de la procédure présente un visage commun selon qu'il s'intéresse au législateur ou à l'autorité chargée de l'appliquer[63]. En effet, l'exigence de nécessité est de plus en plus satisfaite par la seule présence de l'autorité juridictionnelle lors de l'application de la mesure procédurale qui porte une atteinte certaine aux libertés individuelles dont le juge judiciaire est le gardien selon l'article 66 de la Constitution. La loi constitutionnelle du 3 juin 1958 elle-même établissait un lien particulièrement fort entre l'autorité judiciaire et les valeurs de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Le Conseil constitutionnel donna à ce principe toute sa valeur actuelle lors d'une décision du 12 janvier 1977[64] et fit du juge judiciaire le garant des libertés individuelles. Notons tout de suite que le juge administratif exerce également une fonction similaire, notamment depuis un arrêt du Conseil d'Etat du 19 mai 1933, à l'occasion duquel fut contrôlée la proportionnalité d'une mesure de police administrative[65]. Ce dernier, en tant que juge naturel d'une partie des autorités de régulation, a également vocation à contrôler la nécessité de leurs actes d'enquête. Mais en aucun cas le principe de nécessité tel qu'entendu à l'origine ne prévoyait que la seule présence du juge satisfasse à ces exigences. Il est alors difficilement concevable que la création d'un acte de procédure soit considérée comme nécessaire au seul motif que son application future sera soumise au contrôle d'un magistrat.

---

[63] F. DESPORTES et L. LAZERGES-COUSQUET, *Traité de procédure pénale*, *op. cit.*, n° 263, p. 170.

[64] Cons. const., 12 janv. 1977, n° 75 DC.

[65] CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, Rec. 541.

Dès lors, et de façon malheureuse, de nombreuses décisions jugent les conditions de la nécessité comme remplies en raison d'un contrôle judiciaire de la mesure procédurale (§1). Plus étonnant encore, il apparaît que le juge judiciaire puisse être aujourd'hui compétent pour examiner la nécessité abstraite d'une disposition législative (§2), rôle pourtant exclusif du Conseil constitutionnel.

§1 - LE RESPECT DU PRINCIPE DE NECESSITE PAR L'EXISTENCE D'UN CONTROLE JURIDICTIONNEL

154. Le rôle de l'autorité judiciaire dans la nécessité des mesures de contrainte. A la lecture des différentes décisions, il apparaît que la seule présence d'un magistrat au cours de la procédure permette de considérer que la disposition est nécessaire. Même s'il est peu convaincant, le raisonnement reste tout de même justifié en ce qui concerne l'appréciation concrète de la mesure, le juge étant saisi d'un cas d'espèce (A). On comprend en effet que l'autorité judiciaire soit à même de pouvoir apprécier de la nécessité du cas qui lui est soumis. A l'inverse, la solution est bien plus critiquable à propos du contrôle abstrait de la nécessité de la mesure, ce que le Conseil constitutionnel ne manque pourtant pas de faire alors que ce rôle lui est dévolu (B).

A - Un raisonnement partiellement justifié lors de l'appréciation *in concreto* de la mesure

155. Le contrôle effectué par le Conseil d'Etat. Les mesures d'ordre procédural offertes aux autorités de régulation sont soumises au principe de nécessité et son corollaire, le principe de proportionnalité. Le respect de ces principes est alors assuré par le juge lui-même, saisi d'un cas d'espèces. En ce sens, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de se prononcer dans un arrêt du 6 novembre 2009 concernant les conditions des visites et des contrôles effectués par la

CNIL[66]. Selon la juridiction administrative, ces dernières ne peuvent être regardées comme nécessaires « qu'à la condition d'être préalablement autorisée[s] par un juge ». La proportionnalité serait alors fonction de la présence d'un juge, ce qui ne peut satisfaire eu égard à la définition de la proportionnalité. Certes le magistrat, en tant que garant des libertés individuelles, aura la faculté d'autoriser ou d'interdire l'application d'un tel acte mais il aurait été sans doute plus opportun d'éclairer les critères permettant de considérer une mesure comme proportionnée. Ce raisonnement se retrouve également auprès des juridictions judiciaires qui se contentent d'un exposé lapidaire des raisons justifiant la proportionnalité de la procédure.

156. Le contrôle effectué par la Cour de cassation. Un raisonnement similaire peut être relevé de l'étude de la jurisprudence de la Cour de cassation, particulièrement présent en matière de pratiques anticoncurrentielles. Saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité critiquant l'impossibilité pour le juge, sur le fondement de l'article L. 450-4 du Code de commerce, de contrôler la nécessité et la proportionnalité des procédés techniques employés pour effectuer la sélection de données informatiques, la Chambre criminelle de la Cour de cassation refusa de la transmettre au motif qu'elle ne présentait pas un caractère sérieux en ce que « les droits dont la méconnaissance est invoquée sont garantis tout au long de la procédure, par l'intervention d'un juge judiciaire dont les décisions motivées sont soumises à un recours effectif et à qui il appartient d'assurer la conciliation entre les droits et libertés visés dans la question et les nécessités de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles »[67]. Une fois encore, la nécessité et la proportionnalité de la mesure semblent être satisfaites par la seule intervention d'un juge et l'existence de recours. Mais cette position ne peut être totalement acceptée dans la mesure où la présence de ces garanties n'assure pas automatiquement leur effectivité, ce qui permet de douter du respect du principe de nécessité.

B - Le raisonnement peu convaincant du Conseil constitutionnel

157. La satisfaction *in abstracto* du principe de nécessité par l'existence d'un contrôle judiciaire. A l'inverse du contrôle de nécessité d'une mesure dans une enquête

[66] CE, Sect., 6 nov. 2009, *Société Inter Confort*, n° 304300.

[67] Cass. crim., 26 juill. 2017, inédit, n° 16-87.189; Cass. crim., 19 oct. 2011, inédit, n° 10-88.194.

d'espèce, le contrôle abstrait de la nécessité suppose de sonder les raisons de l'existence de la norme procédurale. Depuis une décision du 18 septembre 1986, le Conseil constitutionnel affirme régulièrement qu' « il est loisible au législateur de modifier ou d'abroger les dispositions antérieures sous réserve de ne pas priver de garanties des exigences de valeur constitutionnelle » [68] . Sous cette formulation, le Conseil constitutionnel conclut systématiquement à la conformité de la mesure qui lui est déférée et à sa nécessité au motif qu'il existe au cours de la procédure, un contrôle de la part du juge judiciaire. Cette solution avait déjà été évoquée en d'autres termes dans une décision du 29 décembre 1983 concernant les investigations des agents du fisc au sein de lieux privés[69]. Une illustration frappante de ce raisonnement réside également dans la décision du 2 mars 2004, à l'occasion de laquelle les Sages ont reconnu que l'application du régime procédural des infractions de criminalité organisée au vol dépasse par principe le cadre de la stricte nécessité, mais n'ont pas censuré la disposition, préférant émettre une réserve d'interprétation et renvoyant la question au bon vouloir de l'autorité judiciaire[70]. Pour le juge constitutionnel, il revient à l'autorité judiciaire d'estimer si elle se trouve face à une situation de gravité telle qu'elle rend l'application de la procédure dérogatoire nécessaire. Il est possible d'y voir une certaine délégation du contrôle de la nécessité au juge judiciaire alors que la disposition semble à première vue contraire au principe de nécessité. Dès lors, à chaque fois qu'il est questionné sur la nécessité de la mesure procédurale en cause, le Conseil constitutionnel se contente de la présence du juge judiciaire pour rendre une décision de constitutionnalité[71]. A la lecture de ses décisions, le Conseil constitutionnel confirme la nécessité de l'acte de procédure en se contentant d'un contrôle de la part de l'autorité judiciaire[72], y compris de la part du procureur de la République[73], et ce contrairement à la solution retenue par les juges de Strasbourg[74], mais en excluant autrefois le juge de proximité[75]. Ce raisonnement fut clairement exprimé lors d'une décision du 22 septembre 2010 à l'occasion de laquelle les Sages ont affirmé que « compte tenu des garanties

---

[68] Cons. const., 18 sept. 1986, n° 86-217 DC.

[69] Cons. const., 29 déc. 1983, n° 83-164 DC, 28e consid.

[70] Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, 17e consid.

[71] R. BOUSTA, « Contrôle constitutionnel de proportionnalité. La spécificité française à l'épreuve des évolutions récentes », *art. préc.*, n° 88, p. 923.

[72] Cons. const., 21 févr. 2008, n° 2008-562 DC ; Cons. const., 16 sept. 2010, n° 2010-25 QPC.

[73] Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 QPC.

[74] CEDH, 10 juill. 2008, *Medvedyev c./ France*, req. n° 3394/03.

[75] Cons. const., 29 août 2002, n° 2002-461 DC.

fixées par le législateur, ces dispositions respectent le principe, découlant de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, selon lequel la liberté individuelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire, et de l'article 66 de la Constitution qui confie à l'autorité judiciaire la protection de la liberté individuelle »[76]. On ne peut qu'être étonné de cette solution, aujourd'hui particulièrement répandue. Il est difficilement compréhensible que la nécessité intrinsèque de la norme de procédure puisse être satisfaite par l'existence, lors de sa mise en pratique, d'un contrôle du juge judiciaire. La nécessité de la norme procédurale doit être appréciée en se posant les questions qui justifient son existence et son insertion au sein du droit positif. Aussi, c'est au législateur d'effectuer cette démarche au moment du processus de création législative. Sauf à opérer un réel transfert de la charge du contrôle de nécessité, le Conseil constitutionnel ne peut justifier une telle position au regard du rôle qui est le sien et des exigences de la Déclaration de 1789.

158. Un véritable transfert de la charge du contrôle de la nécessité au juge judiciaire. Alors qu'il est l'autorité chargée de contrôler la loi au regard du principe de nécessité, le Conseil constitutionnel semble se décharger de cette mission au profit du juge pénal[77]. Comme le regrette à juste titre un auteur, « pour une mesure procédurale, […], le contrôle ne porte que sur les conditions dans lesquelles elle pourra être concrètement mise en œuvre par les autorités compétentes, mais pas sur la pertinence de sa mise en place générale par le législateur »[78]. Fidèle à sa conception traditionnelle, le Conseil constitutionnel considère que le choix de l'opportunité appartient exclusivement au législateur qui seul peut juger de la nécessité de la mesure. On peut donc regretter cette absence de véritable contrôle de la nécessité de l'acte de procédure et son transfert à la charge de l'autorité judiciaire. Le juge constitutionnel est l'unique autorité capable d'opérer un examen de la disposition légale au regard des principes contenus dans le bloc de constitutionnalité. Pourtant, les Sages semblent confier ce rôle au juge pénal qui, étonnamment, peut contrôler *in abstracto* la nécessité de la mesure procédurale.

---

[76] Cons. const., 22 sept. 2010, n° 2010-31 QPC, 5e consid.

[77] B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, coll. « Manuel », 2002, p. 533, pour qui la liberté individuelle n'est reconnue que sous l'angle de la compétence juridictionnelle, la présence du juge suffisant à considérer la mesure non-attentatoire aux libertés individuelles.

[78] G. CHETARD, « La proportionnalité de la répression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *art. préc.*, p. 51.

§2 - VERS UN CONTROLE *IN ABSTRACTO* DE LA LOI DE PROCEDURE PAR LE JUGE JUDICIAIRE

159. Le contrôle de la nécessité de la mesure procédurale. L'appréciation *in abstracto* de la mesure procédurale est originellement du ressort exclusif du Conseil constitutionnel. Ce dernier est le seul organe compétent pour examiner la conformité de la loi au bloc de constitutionnalité dont fait partie l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Or, l'insertion du principe de nécessité au sein du Code de procédure pénale lui a conféré une valeur législative, permettant dès lors, un possible contrôle de la part du juge judiciaire. Puisque le principe de nécessite dispose aujourd'hui d'une assise législative, la mise à l'écart d'un autre article du code ne relèverait pas d'un contrôle de constitutionnalité, normalement interdit au juge ordinaire. Permettre un tel contrôle (B) reviendrait d'une part à reconnaître une valeur à l'article préliminaire du Code de procédure pénale mais également à lui reconnaître une valeur supérieure aux autres articles dudit code (A).

A - La présence du principe de nécessité au sein du Code de procédure pénale

160. La codification des principes de nécessité et de proportionnalité des actes de procédure. En plus d'être clairement exprimé au sein de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le principe de nécessité procédurale s'est vu offrir une codification au sein du Code de procédure pénale, lequel intègre pleinement « des objectifs philosophico-politiques »[79]. En ce sens, l'article préliminaire de ce code dispose que : « les mesures de contraintes dont la personne suspectée ou poursuivie peut faire l'objet sont prises sur décision ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire. Elles doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure, proportionnées à la gravité de l'infraction reprochée et ne pas porter atteinte à la dignité de la personne »[80]. Le rappel de ces exigences de nécessité et de proportionnalité par le législateur ne peut être qu'approuvé tant le principe de présomption d'innocence attire la majorité des études relatives à l'article 9 de la Déclaration de 1789 au

[79] H. HENRION, « L'article préliminaire du Code de procédure pénale : vers une « théorie législative » du procès pénal ? », *art. préc.*, p. 13.

[80] Pour une application en matière d'escroquerie, v. Cass. crim., 25 juin 2003, inédit, pourvoi n° 98-81.903.

détriment du principe de nécessité. Contrairement au Code pénal qui ne mentionne pas le principe de nécessité, le Code de procédure pénale fixe d'emblée les principes directeurs du procès et notamment la nécessité et la proportionnalité[81]. Outre sa référence en tête du code, le principe de nécessité de la procédure pénale tire sa force de son application particulièrement large, intéressant « les mesures de contrainte », ce qui regroupe une multitude d'actes de procédure comme les contrôle d'identité[82], l'arrestation ou le placement en garde à vue[83]. Aussi, en insérant le principe de nécessité au sein du Code de procédure pénale, le législateur a permis au juge pénal d'exercer un contrôle inédit, ce qui n'allait pas de soi en raison des discussions portant sur la valeur de l'article préliminaire dudit code.

161. La question de la valeur de l'article préliminaire du Code de procédure pénale. Il était légitime de s'interroger sur la valeur de l'article préliminaire, celle-ci allant conditionner l'importance du texte. D'un côté, la circulaire d'application du 20 décembre 2000 considérait l'article préliminaire du Code comme un simple énoncé de principes directeurs : « Il convient d'indiquer que l'inscription dans la loi des principes fondamentaux du procès pénal n'a en soi aucune conséquence juridique, dans la mesure où ces principes préexistaient à la loi du 15 juin 2000, le nouvel article préliminaire du Code de procédure pénale n'ayant pour objectif que de les rendre plus accessibles »[84]. Plus nuancé, un auteur a pu affirmer que cet article n'a certes pas un rôle purement déclaratif mais participe à la pédagogie des droits fondamentaux, à les rendre plus lisibles et plus accessibles[85]. D'après ces solutions, l'article préliminaire ne serait pas un réel article du Code ayant valeur législative.

A l'inverse, la jurisprudence s'est rapidement appuyée sur cet article préliminaire, lui donnant une place primordiale en droit positif. Ainsi, le Conseil constitutionnel s'y est explicitement référé dans sa décision du 2 mars 2004[86], lui conférant une force particulière. Mais la Chambre criminelle de la Cour de cassation est allée plus loin en fondant des décisions sur cet article, lui accordant une véritable valeur normative, directement invocable par le

---

[81] *Ibid.*, p. 13-52.

[82] Art. 78-2 C. pr. pén.

[83] Art. 73 C. pr. pén.

[84] Cir. CRIM. 00-16 du 20 déc. 2000, présentant les dispositions de la loi du 15 juin 2000.

[85] C. LAZERGES, « De l'écriture à l'usage de l'article préliminaire du Code de procédure pénale », in *Le champ pénal, Mélanges en l'honneur du professeur Reynald OTTENHOF*, Dalloz, 2006, p. 81.

[86] Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC.

justiciable[87]. Dès lors, le principe de nécessité procédural tient une place centrale au sein du droit positif et son siège au sein du Code de procédure pénale possède la même valeur que tous les autres articles du code prévoyant des mesures coercitives et possiblement en contradiction avec ce principe. Son insertion dans le Code de procédure pénale a permis à une partie de la doctrine d'envisager un contrôle de la part du juge pénal sur la loi.

B - Une ouverture au contrôle de la loi pénale par le juge judiciaire

162. La supériorité de l'article préliminaire sur les autres articles du Code de procédure pénale. La question de la supériorité d'un article du code sur les autres peut surprendre. Il semble évident que l'article préliminaire ne possède pas une valeur supérieure aux autres dispositions du Code, ce dernier n'établissant pas une hiérarchie entre ses différents articles. En ce sens, la circulaire d'application de la loi du 15 juin 2000 n'avait pas manqué de préciser que « les dispositions de l'article préliminaire, de nature législative, n'ont pas vocation à remettre en cause les autres dispositions législatives du Code de procédure pénale ». Dès lors, tous les articles du code possèdent une valeur législative, ce qui leur confère une autorité similaire. Or, si le juge pénal souhaite écarter une disposition du code qui serait contraire à l'un des principes et notamment au principe de nécessité, il conviendrait que l'article préliminaire dispose d'une valeur supérieure aux autres articles.

A ce titre, on peut penser avec un auteur que « si le contenant de la disposition préliminaire dispose d'une valeur législative, son contenu se hisse bien plus haut dans la hiérarchie des normes »[88]. Ainsi, il conviendrait de distinguer entre la hiérarchie formelle et la hiérarchie matérielle, l'article préliminaire disposant d'un contenu bien plus important que les autres articles qui n'ont vocation qu'à appliquer ce que les principes édictent[89]. Certes, tous les articles auraient la même valeur formelle puisque présents au sein de la partie législative du code, mais l'article préliminaire disposerait d'un contenu de valeur supérieure. Dans ces conditions, le juge pénal serait fondé à exercer un contrôle sur la loi procédurale, œuvre du législateur pour écarter une norme coercitive non nécessaire. Mais les juridictions se montrent

[87] Cass. crim., 6 janv. 2004, inédit, pourvoi n° 02-88.468.

[88] G. ROYER, « Les préliminaires en droit criminel », *art. préc.*, p. 75.

[89] E. VERGES, « L'effet normatif de l'article préliminaire du Code de procédure pénale », in *Mélanges offerts à Raymond GASSIN*, PUAM, 2007, p. 327.

prudentes à effectuer un tel examen, même si les confrontations entre les articles du code tournent plutôt à l'avantage de l'article préliminaire.

163. Le règlement des confrontations textuelles par l'autorité judiciaire. Bien avant l'insertion des principes généraux au sein du Code de procédure pénale, les tribunaux avaient déjà « invoqué les principes généraux du droit à l'encontre de dispositions législatives précises »[90]. Parmi ces principes généraux, il est possible de citer, entre autres, celui d'égalité des armes, de présomption d'innocence ou encore celui selon lequel la défense se doit d'avoir la parole en dernier[91]. Ainsi, dans un arrêt du 17 mai 1984, la Chambre criminelle de la Cour de cassation avait cassé un arrêt d'appel pour violation des principes généraux, une disposition spéciale du code étant en contradiction avec le principe du contradictoire[92]. A la suite de la codification de l'article préliminaire, sa supériorité hiérarchique sur les autres articles n'est pas allée de soi. Dans les cas qui lui étaient soumis, la Chambre criminelle de la Cour de cassation n'effectuait pas un contrôle frontal de la loi au regard de l'article préliminaire et préférait se contenter d'une application de la disposition spéciale au détriment de la disposition générale[93]. Une décision postérieure illustre pourtant une certaine confrontation des articles spéciaux avec l'article préliminaire de la part des juridictions pénales[94]. Pour rejeter un pourvoi, la Chambre criminelle a retenu que « le principe d'opportunité des poursuites défini à l'article 40, alinéa 1, du Code de procédure pénale n'est pas incompatible avec les exigences du procès équitable et ne méconnaît ni les textes ni les principes conventionnels invoqués ». On peut alors considérer avec un auteur qu'un « frémissement d'une relation hiérarchique entre l'article préliminaire et les autres dispositions du Code »[95] est établi. Néanmoins, les solutions jurisprudentielles actuelles n'ont pas la clarté suffisante pour permettre d'affirmer que le juge pénal puisse exercer un contrôle de nécessité *in abstracto* sur un article de procédure. Cependant, un tel examen semble possible puisque la Haute juridiction s'autorise à confronter un texte spécial prévoyant une mesure de contrainte avec les principes contenus dans l'article préliminaire du Code de

---

[90] D. MAYER, « Vers un contrôle du législateur par le juge pénal ? », *D.* 2001, p. 1643.

[91] S.GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 360, p. 302.

[92] Cass. crim., 17 mai 1984, *Bull. crim*. n° 183.

[93] Cass. crim., 17 oct. 2001, inédit, pourvoi n° 01-85349 ; Crim., 29 sept. 2004, *Bull. crim*. n° 226.

[94] Cass. crim., 20 avril 2005, inédit, pourvoi n° 04-82427.

[95] E. VERGES, « L'effet normatif de l'article préliminaire du Code de procédure pénale », in *Mélanges offerts à Raymond GASSIN*, PUAM, 2007, p. 327.

procédure pénale. Il est donc envisageable qu'un article soit écarté au motif qu'il ne satisfait pas à l'exigence de nécessité procédurale. Un auteur va plus loin en affirmant qu'il s'agit de la volonté même du texte de conférer une telle prérogative au juge pénal[96]. Suivant cette solution, il serait possible pour une juridiction de remettre en cause la nécessité d'appliquer la procédure propre à la criminalité organisée prévue aux articles 706-73 et suivants du Code de procédure pénale à des infractions telles que le recel, le blanchiment. Cette solution n'est pour l'heure qu'au stade de l'hypothèse théorique mais rien n'empêche aujourd'hui le juge pénal de procéder à une telle mise à l'écart de la loi de procédure pour absence de nécessité du texte lui-même.

[96] D. MAYER, « Vers un contrôle du législateur par le juge pénal ? », *art. préc.*, p. 1643.

CONCLUSION TITRE 2

164. Le principe de nécessite irrigue fortement l'aspect répressif du droit pénal des affaires. Il s'impose au législateur dans le choix de la sanction qu'il entend affecter à l'incrimination ou de la mesure procédurale adéquate. Il pèse également sur l'autorité chargée d'appliquer ces actes de procédure et la sanction prévue. Ainsi, le principe de nécessité offre deux visages, l'un abstrait apparaissant au stade de la détermination de la disposition et l'un concert à propos de l'application de la norme au cas d'espèce.

A ce titre, le contrôle qui peut en être fait diffère. Là où le contrôle sera particulièrement faible concernant l'œuvre législative à l'instar de ce qui se passe pour les incriminations, il sera davantage poussé concernant l'application de la disposition dans un cas d'espèce. Cette différence de traitement est difficilement justifiable dans la mesure où le principe de nécessité est un principe s'imposant au premier plan au créateur de norme, en dehors de tout cas d'espèce. Néanmoins, il faut pour le moment se contenter de cet examen en décalage avec la vision originelle du principe de nécessité.

Enfin, il est possible de regretter que le principe de nécessité soit quelque peu éclipsé par le principe de proportionnalité, davantage utilisé par la jurisprudence. Certes le principe de proportionnalité est un indispensable à une analyse globale de la sanction ou de l'acte procédural et participe à la nécessité. Cependant, il s'agit à l'origine d'un principe découlant de celui de nécessité et ne pouvant prétendre être son égal. Aujourd'hui, la proportionnalité est davantage retenue que la nécessité notamment par le Conseil constitutionnel, pourtant chargé d'en contrôler le respect par le législateur et disposant des prérogatives pour y parvenir.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

LE PRINCIPE DE NECESSITE, FREIN A L'INTERVENTION DU DROIT PENAL DANS LA VIE ECONOMIQUE

165. Classiquement, le principe de nécessité est appréhendé par son versant négatif, c'est-à-dire en tant que modérateur de l'action pénale. Par le biais de l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, celui-ci tend à délimiter l'intervention du législateur en matière pénale. Cette forme du principe était à l'origine prévue pour constituer la pierre angulaire de la politique criminelle, empêchant que le droit pénal ne vienne tout sanctionner. Cette problématique trouve tout son sens dans la matière économique et financière où la place du droit pénal est fréquemment remise en cause par les autres branches du droit qui sont présentées comme plus adaptées. Malgré une formulation claire, le principe de nécessité des incriminations semble être tombé dans un certain oubli depuis de nombreuses années, au point que d'autres principes sont venus le remplacer. Nous déplorerons une telle situation dans la mesure où tous ces principes de substitution n'ont pas la force modératrice du principe de nécessité. En ce sens, un auteur appelle la doctrine à s'appuyer sur ce principe lorsqu'elle critique la législation[97]. Il était donc important dans cette première partie de redonner au principe de nécessité des incriminations la force qui était la sienne en rappelant son rôle dans le domaine économique. Le principe de nécessité est primordial puisqu'il conditionne l'existence de l'incrimination, de sa création à sa disparition, renvoyant au phénomène de dépénalisation qui marque fortement le droit pénal des affaires.

---

[97] R. PARIZOT, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée, le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, *op. cit.*, n° 237, p. 184.

Le contrôle du respect du principe de nécessité s'avère également décevant, ce dernier n'étant d'ailleurs pas expressément mentionné. Alors qu'il dispose des compétences nécessaires en ce domaine, le Conseil constitutionnel n'opère qu'un contrôle minimaliste sur la nécessité des incriminations d'affaires qui lui sont déférées, se réfugiant derrière le principe de séparation des pouvoirs. Même si parler d'absence totale de contrôle serait excessif, il est regrettable qu'un tel principe ne fasse pas davantage l'objet d'une attention toute particulière. En réalité, c'est du côté du juge ordinaire qu'il convient de se tourner pour trouver le contrôle le plus audacieux. A l'heure où la perfection de la Loi ne va plus de soi, il serait utile de pouvoir exercer le contrôle que permet l'article 5 de la Déclaration de 1789, ce qui conduirait inévitablement à lui redonner davantage de puissance.

166. Outre l'incrimination en tant que telle, le principe de nécessité doit guider le choix du législateur dans l'édiction des peines qui y sont attachées, dans un souci de modération et de retenue. Le principe de nécessité des peines tel que prévu à l'article 8 de la Déclaration de 1789 doit être pris dans un sens plus large en ce qu'il irrigue toute la répression en générale. Les sanctions sont soumises à un double degré de nécessité, tant lors de leur édiction par le législateur que lors de leur application par le juge. De ce point de vue, notre étude nous a permis de dégager les critères de la peine nécessaire en droit pénal des affaires. En ce domaine, le principe de nécessité est appuyé par d'autres principes comme celui de proportionnalité, de personnalisation ou de rétroactivité *in mitius* dont ils sont issus. La question de la peine nécessaire est d'un intérêt central en droit pénal des affaires, matière marquée par les situations de cumul de sanctions.

A côté des sanctions, le principe de nécessité de la répression a également vocation à s'attacher à l'aspect procédural de l'intervention pénale. En ce qu'elle peut porter atteinte aux droits les plus fondamentaux, la procédure pénale doit présenter les caractères de la nécessité, notamment en respectant la proportionnalité.

Il est important de ne pas s'arrêter à ce seul aspect du principe de nécessité, lequel présente également un visage positif, qui incite de recourir au droit pénal. Nous tenterons, dans les développements qui vont suivre, de cerner cette facette originale du principe. Au sein d'une seconde partie, nous nous poserons la question de savoir ce qui rend le droit pénal nécessaire dans la vie économique et financière.

SECONDE PARTIE

LE PRINCIPE DE NECESSITE, MOTEUR DE L'INTERVENTION DU DROIT PENAL DANS LA VIE ECONOMIQUE

167. Aspect positif du principe de nécessité. Alors que nous avons pu étudier l'aspect négatif du principe de nécessité, tel qu'il est traditionnellement appréhendé, il convient dans cette seconde partie de l'envisager sous son angle positif. Pour reprendre l'expression d'auteurs, le droit pénal ne doit « intervenir que dans la limite du nécessaire, mais à chaque fois et tant que nécessaire […] »[1]. Certes, le droit pénal ne doit intervenir que lorsque cela est nécessaire, mais à chaque fois que cela est nécessaire son recours est alors indiscutable. Ainsi, lorsqu'il est utile de recourir au droit pénal, le législateur ne peut y échapper et se doit d'y avoir recours. Le principe de nécessité serait dès lors toujours une obligation pour le droit pénal, qu'elle soit négative en restreignant son intervention ou positive en l'exigeant. Afin de comprendre l'aspect positif du principe de nécessité, il convient de s'interroger sur les raisons d'un recours au droit pénal en matière économique et financière. Pour quelles raisons le droit pénal est-il nécessaire en ce domaine ?

168. Les raisons du recours au droit pénal en matière économique. Comme vu précédemment, le principe de nécessité restreint le recours au droit pénal aux seules atteintes aux valeurs sociales jugées essentielles. Quand bien même l'économie « est devenue un substratum important »[2] de notre société, il est délicat de l'appréhender en tant que valeur fondamentale à protéger au sein de notre droit positif. Tout au plus avons-nous pu identifier des

[1] R. KOERING-JOULIN et J.-F. SEUVIC, « Droits fondamentaux et droit criminel », *art. préc.*,, p. 2.

[2] R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, T. 3, *op. cit.*, n° 735, p. 589.

biens juridiques participant à l'économie. Dans la mesure où nous avons déjà cerné quand le droit pénal est nécessaire, notamment pour protéger un bien juridique, cette question ne sera pas traitée à nouveau ici[3]. A la place de cette interrogation, il est préférable de se demander pourquoi le droit pénal est nécessaire dans la sphère financière ? Pour quelles raisons le législateur a-t-il recours au droit pénal ? Pour y répondre, il faudra s'attacher aux raisons profondes de la nécessité de l'intervention pénale en matière économique.

Il est possible d'identifier deux principales raisons qui justifient le recours au droit criminel en matière économique. Son intervention substantielle tout d'abord, s'articule autour de l'aspect sanctionnateur du droit pénal, expression la plus dure du droit (Titre 1). Le droit pénal semblerait être un outil au service du droit des affaires et lui prêterait son arsenal répressif afin de faire respecter les obligations dictées par ce dernier. En outre, l'intervention du droit criminel peut s'appréhender par son versant formel et serait nécessaire car ce dernier dispose des moyens utiles et indispensables pour parvenir à détecter les comportements prohibés, identifier les coupables et appliquer les peines qu'il prévoit (Titre 2).

[3] V. supra n° 35 et s.

TITRE 1

LE PRINCIPE DE NECESSITE, MOTEUR DE L'INTERVENTION SUBSTANTIELLE DU DROIT PENAL DANS LA VIE ECONOMIQUE

169. La symbolique répressive du droit pénal. La peine est, de façon évidente, la spécificité du droit pénal[4] même s'il est vrai que les autres branches du droit disposent elles aussi de sanctions, ayant même parfois le caractère de punition[5]. Néanmoins, et depuis toujours, le recours au droit pénal se justifie par son caractère essentiellement sanctionnateur et par l'insuffisance des autres sanctions, reprenant la théorie de *l'ultima ratio*[6]. D'ailleurs, le Conseil constitutionnel ne s'y trompe pas lorsqu'il décide que « l'article 8 de la Déclaration de 1789 [...] ne saurait faire obstacle à ce que le législateur [...] fixe des règles assurant une répression effective des infractions »[7]. Le débat entre caractère déterminateur ou sanctionnateur du droit pénal permet de mettre en lumière toutes les raisons qui le rendent nécessaire en droit des affaires. Le droit pénal sera considéré comme déterminateur lorsque celui-ci présente une certaine autonomie par rapport aux autres branches du droit, un certain caractère normatif en ne se bornant pas à établir une échelle de peine pour réprimer un comportement issu d'un autre droit. S'il s'avère peu déterminateur, le droit pénal est avant tout utilisé pour son aspect répressif, ce qu'avait déjà affirmé PORTALIS lors du discours préliminaire du projet de Code civil en ces termes : « les lois pénales sont moins une espèce particulière de lois, que la sanction

[4] E. BONIS-GRACON et V. PELTIER, *Droit de la peine*, *op. cit.*, n° 2, p. 1.

[5] Cons. const., 17 janv. 1989, n° 88-248 DC à propos des sanctions prononcées par les autorités administratives indépendantes.

[6] V. supra n° 33.

[7] Cons. const., 20 janv. 1981, n° 80-127 DC ; 9 août 2007, n° 2007-554 DC.

de toutes les autres »[8]. Cette conception est d'ailleurs conforme à celle exposée par les Lumières et notamment ROUSSEAU pour qui les lois criminelles « qui dans le fond sont moins une espèce particulière de lois que la sanction de toutes les autres »[9]. La pensée de BECCARIA est elle aussi, exclusivement tournée vers la peine, le droit pénal n'étant étudié que par le biais de ses sanctions. Véritable « gendarme du droit »[10], le droit pénal est appelé à intervenir dans la sphère économique afin de sanctionner des obligations dont les origines lui sont étrangères. C'est précisément ce caractère qui le distingue du droit civil, commercial ou administratif et qui le rend totalement nécessaire[11].

170. Une intervention pénale justifiée par l'adaptation des peines. En se concentrant sur la répression, le droit criminel a parfaitement su développer un arsenal de peines diversifiées qui se sont adaptées à la délinquance, notamment économique et financière[12]. Même si jusqu'à présent, « l'attention du législateur s'est peu fréquemment portée sur la pertinence des peines principales attachées aux infractions associées à la délinquance financière »[13], force est de constater qu'un nouveau mouvement se profile. Le législateur a pris conscience qu'il ne convient pas de réprimer de la même manière les infractions classiques contre les biens et les infractions commises dans les relations d'affaires. Aussi, l'adaptation du droit pénal est une des raisons du recours à son système répressif. En particulier, le droit pénal a su s'extraire de sa fonction purement répressive en lui associant la prévention, notamment en matière de blanchiment et de corruption[14]. A titre d'exemple, la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 est venue prévoir une peine complémentaire de mise en conformité, inspirée des sanctions administratives. Ainsi, le nouvel article 131-39-2 du Code pénal prévoit l'obligation pour les personnes morales de se soumettre, pour une durée de cinq ans au plus, à un programme de

---

[8] PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Confluences 1999 (rééd.), préf. M. Massenet.

[9] J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social ou principes du droit politique*, 1762, Flammarion, 2001 (rééd), Livre II, chap. XII.

[10] R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, T. 1, *Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, Cujas, 7e éd., 1997, n° 146, p. 216.

[11] Y. GUYON, « De l'inefficacité du droit pénal des affaires », *art. préc.*, p. 41.

[12] J. PRADEL, « Vers un "aggiornamento" des réponses de la procédure pénale à la criminalité. Apports de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 dite Perben II. Première partie », *JCP G*, 5 mai 2004, n° 19, doctr. 132.

[13] M. SEGONDS, « Commentaire de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière », *Droit pén.* n°2, févr. 2014, étude 3, n° 10.

[14] M. SEGONDS, « Les apports de la loi du 9 décembre 2016 à l'anticorruption », *Droit pén.* n°2, févr. 2017, ét. 4.

mise en conformité destiné à s'assurer de l'existence et de la mise en œuvre des mesures de prévention contre la corruption. Cette peine se déroule sous le contrôle de l'Agence française anticorruption et du procureur de la République. La peine pénale traditionnelle n'étant jamais bien loin, le manquement à cette obligation par un organe de la société lui fera encourir une peine de deux ans d'emprisonnement et 50 000 euros d'amende. En outre, la personne morale sera susceptible de se voir appliquer les peines prévues pour le délit qui a donné lieu au prononcé de la peine de mise en conformité. Cet aspect préventif illustre parfaitement l'adaptation de l'arsenal pénal en matière économique.

Il convient dès lors de s'interroger sur les raisons qui poussent à recourir à la sanction pénale, sur ce qui la distingue des autres mesures répressives. Au fil des temps, les fonctions de la peine ont particulièrement évolué, les autorités mettant plutôt l'accent sur tel objectif à telle période donnée[15]. Néanmoins, deux fonctions traditionnelles de la peine retiendront particulièrement notre attention, celles qui semblent justifier le recours au droit pénal en matière économique. Tout d'abord, la peine dispose traditionnellement d'une fonction de neutralisation du délinquant[16], ce qui la distingue singulièrement des autres sanctions (Chapitre 1). De plus, la répression pénale a vocation à être dissuasive et rétributive, desseins mis en exergue par BECCARIA et les Lumières (Chapitre 2). Justifier le recours au droit pénal en matière économique par l'application de son arsenal répressif nous permettra peut-être de poser les jalons d'une entreprise ambitieuse, celle de déterminer la peine nécessaire et celle qui ne l'est pas dans la vie des affaires.

[15] M. VAN DE KERCHOVE, « Les fonctions de la sanction pénale. Entre droit et philosophie », *Informations sociales, Sanctions*, n° 127, 2005, p. 23.

[16] S. MANACORDA, « Cesare Beccaria et la peine de la réclusion à perpétuité », *art. préc.*, p. 313.

CHAPITRE 1

LA FONCTION DE NEUTRALISATION DE LA PEINE

171. Neutralisation ou élimination de délinquant. Parmi les fonctions traditionnelles de la peine, se trouve l'objectif d'élimination du délinquant qui permet d'éloigner de la société, pour toujours ou pour une durée assez longue, l'auteur d'une infraction[17]. Cette volonté d'éliminer un individu dangereux et de préserver l'ordre public se conçoit aisément en matière d'atteintes aux personnes ou aux intérêts supérieurs de la Nation. A l'inverse, la fonction éliminatrice de la peine peut surprendre dans le cadre d'infractions d'affaires qui sont souvent des atteintes aux biens et aux intérêts privés. Cette position se confirme lorsque l'on se penche sur les types de peines permettant d'atteindre cet objectif de mise à l'écart de délinquant. L'élimination du délinquant dans sa forme la plus absolue réside dans la peine de mort, abolie en France en 1981. A côté de cette élimination absolue par la mort du condamné, il était également possible de recourir au bagne[18] ou au bannissement. Désormais, l'élimination la plus dure du délinquant de la société réside dans la peine de réclusion criminelle à perpétuité, laquelle ne concerne pas les infractions d'affaires. Même si la fonction d'élimination de la peine est toujours actuelle, il convient de noter que celle-ci tend de plus en plus à la neutralisation, forme plus douce de mise à l'écart du délinquant, notamment en matière économique. Ainsi, selon un auteur, la peine « vise toujours l'élimination, l'exclusion ou, dans le meilleur des cas du modèle utilitaire contemporain, la neutralisation de l'auteur »[19]. C'est

[17] S. PLAWSKI, *Droit pénitentiaire*, Presses universitaires du Septentrion, 1976, p. 43.

[18] B. BOULOC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 556, p. 469.

[19] R. CARIO, *Rép. pén.*, v. « Justice restaurative », 2010, n° 23.

bien de cette neutralisation dont il sera question dans les développements à suivre, fonction de la peine qui consiste à écarter le délinquant de la sphère où l'infraction s'est produite et de le priver des moyens de récidiver. Cet objectif de neutralisation de la peine légitime pleinement le recours au droit pénal dans le domaine financier.

172. Une neutralisation ciblée, justification majeure de l'intervention pénale. Le pouvoir de neutraliser et d'exclure un délinquant est une prérogative du droit pénal, seule branche du droit capable de prévoir des sanctions privatives de liberté[20]. De ce point de vue, en étant le seul titulaire de ce pouvoir, le droit pénal tire toute sa légitimité d'intervention. Toutefois, la neutralisation du délinquant ne s'arrête pas à la seule privation de liberté. Dans un domaine si particulier que l'économie et la finance, le droit pénal a dû adapter son arsenal répressif afin de neutraliser au mieux les agents dangereux. Ainsi, il est unanimement reconnu qu'un délinquant d'affaires ne présente pas la même dangerosité qu'un délinquant de droit commun, les valeurs sociales protégées étant différentes[21]. Dans ces conditions, il est légitime de s'interroger sur la nécessité d'éloigner l'auteur d'une infraction financière de toute la société, comme cela était traditionnellement envisagé, ou au contraire de l'écarter de la seule sphère économique où l'infraction a été réalisée. Il convient à ce stade de préciser deux notions auxquelles nous ferons référence dans les développements à suivre et qui renvoient à deux degrés de la nécessité. La nécessité relative correspond à un état perfectible et critiquable du recours à une sanction au contraire de la nécessité absolue qui, pour nous, ne souffre de peu voire d'aucune contradiction. Cette dichotomie entre, d'une part, la volonté traditionnelle d'exclure totalement le délinquant de la société (Section 1) et, d'autre part, de l'écarter seulement du milieu infractionnel de façon ciblée (Section 2) marque la fonction de neutralisation de la peine en droit pénal des affaires.

[20] Cons. const., 17 janv. 1989, n° 88-248 DC.

[21] N. QUELOZ, « Criminalité économique et criminalité organisée », *L'Économie politique*, 2002/3, n° 15, p. 58-67.

SECTION 1

LA NECESSITE RELATIVE DE LA NEUTRALISATION SOCIALE

173. L'exclusion totale de la société du délinquant d'affaires. Le délinquant économique, même s'il a commis son infraction dans un milieu particulier, n'en reste pas moins un justiciable susceptible d'encourir des peines l'excluant totalement de la société. Considéré comme un agent dangereux ne serait-ce pour le domaine où l'infraction a eu lieu, ce dernier a commis un trouble à l'ordre public, ce qui justifie sa mise à l'écart des autres citoyens. En outre, le législateur n'a pas entendu créer un statut particulier pour le délinquant financier. Néanmoins, on peut d'ores et déjà affirmer que le délinquant d'affaires ne présente pas les mêmes caractéristiques que le criminel de droit commun ayant commis des atteintes aux personnes. De plus, celui-ci est bien souvent un agent économique actif, source d'emploi et de profits pour la société, ce qui permet de douter de l'utilité d'une mise à l'écart sociale totale. Dans ces conditions, la fonction de neutralisation de la peine se trouve fortement tiraillée en droit pénal des affaires entre son utilisation récurrente et les forts désavantages qu'elle présente.

Spécificité du droit pénal, cette neutralisation sociale du condamné frappe tant les personnes physiques que les personnes morales. Pour les premières (§1), le droit pénal réserve une place importante à l'emprisonnement[22] qui demeure la peine la plus sévère et qui permet de parvenir à l'exclusion sociale. Pour les secondes (§2), actrices incontournables de l'économie, la neutralisation prend la forme de la dissolution, considérée comme une réelle peine de mort[23].

---

[22] R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, T. 3, *op. cit.*, n° 743, p. 596.

[23] G. ROYER, *L'efficience en droit pénal économique*, *op. cit.*, n° 132, p. 149.

§1 - LA PLACE AMBIGUE DE LA PEINE PRIVATIVE DE LIBERTE EN DROIT PENAL DES AFFAIRES

174. La privation de liberté, apanage du droit pénal. La peine privative de liberté est la peine la plus sévère du droit pénal depuis l'abolition de la peine de mort et ne peut être prévue que par la loi *stricto sensu*[24], pour sanctionner les comportements les plus graves. En ce sens, la peine privative de liberté est l'apanage de la justice pénale, seule titulaire de la prérogative de priver un citoyen de sa liberté. La peine d'emprisonnement est ainsi la principale différence au sein de l'arsenal répressif entre le droit pénal et la matière pénale. Dès lors, le recours nécessaire au droit pénal en matière économique peut s'expliquer par cette exclusivité de la peine de privative de liberté. L'intervention du droit pénal serait alors nécessaire car il permettrait l'application de la plus forte des sanctions, afin de marquer l'hostilité sociale au comportement réprimé. Cependant, il est possible de douter de la réelle nécessité de la peine privative de liberté concernant une délinquance d'affaires dont la dangerosité et l'atteinte à l'ordre public ne sont pas comparables à la criminalité de droit commun mais pour laquelle le législateur marque un réel intérêt (A). Cet intérêt pour la peine privative de liberté est d'autant plus visible aujourd'hui dans la mesure où son recours se fait plus fréquent (B).

A - Une peine discutée mais fortement utilisée en matière économique

175. Critiques et raisons du recours à la peine d'emprisonnement en droit pénal des affaires. Traditionnellement utilisée pour protéger la communauté d'un individu dangereux et l'exclure de la sphère sociale, la peine d'emprisonnement ne fait pas l'unanimité en matière économique. En ce sens, Monsieur le Professeur Wilfrid JEANDIDIER souligne que « la question préalable est de savoir si l'emprisonnement est une peine adaptée au monde des affaires »[25]. La peine privative de liberté est la sanction la plus sévère du droit pénal, son impact sur le délinquant d'affaires étant par ailleurs considérable[26], ce qui justifie son recours

[24] En application de l'art. 34 de la Constitution et de l'art. 131-3 C. pén. en matière de délits.

[25] W. JEANDIDIER, « *Présentation critique des sanctions de quelques infractions d'affaires* », in *Mélanges en l'honneur de Jean STOUFFLET, op. cit.*, p. 136.

[26] D. SPECTOR, « Droit des affaires : les mérites de la pénalisation », *La Tribune*, 2007.

en matière économique. Par la peine d'emprisonnement, la société souhaite marquer sa forte désapprobation du comportement incriminé, ce qui par nature doit se limiter aux cas les plus graves. Néanmoins, cette peine fait l'objet de nombreuses critiques en ce qu'elle serait parfois « inadaptée » à la criminalité financière[27]. Cette inadaptation de l'emprisonnement en la matière doit être rapprochée de l'analyse économique faite de cette peine qui lui reproche d'être le « plus coûteux des systèmes »[28] en requérant de nombreuses dépenses de la part de l'Etat et en privant un condamné, agent économique, de contribuer à la production de richesses. On le voit, l'utilité de la peine d'emprisonnement en matière économique est largement débattue. Cette place ambiguë qu'elle occupe, entre attirance et défiance, est confirmée par son recours fréquent en droit positif (1) et la modération dans son prononcé par le juge (2).

1) Le recours systématique à l'emprisonnement par le législateur

176. Omniprésence et diversité de la peine de prison en droit pénal des affaires. Il ressort de l'étude des différentes infractions d'affaires que le législateur fait appel de façon quasi-systématique à l'emprisonnement dans la majorité des domaines composant la matière économique. Ainsi, sont tout autant concernés les atteintes aux biens[29], les atteintes à la liberté du consommateur[30] ou les délits boursiers[31]. Mais au-delà d'un champ d'application particulièrement vaste, les quanta eux-mêmes font apparaître une très grande diversité. Il est possible de relever avec le Monsieur le Professeur Wilfrid JEANDIDIER que le droit pénal des affaires fait appel à de nombreux paliers en matière d'emprisonnement[32]. Ainsi, il convient de relever d'une part que l'emprisonnement pour une durée de dix ans est fortement présent et concerne notamment la corruption[33] ou le blanchiment aggravé[34] mais également d'autre part

[27] *La dépénalisation de la vie des affaires*, dir. J-M. COULON, *op. cit.*, p. 57.

[28] R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, T. II, Sirey, 3e éd., 1913-1935, n° 502.

[29] Art. 313-1 C. pén. qui punit de cinq ans d'emprisonnement l'escroquerie.

[30] Art. L. 132-11 C. consom. qui punit de deux ans d'emprisonnement les pratiques commerciales agressives.

[31] Art. L. 465-1 C. mon. fin. qui punit de cinq ans d'emprisonnement le délit d'initié.

[32] W. JEANDIDIER, « *Présentation critique des sanctions de quelques infractions d'affaires* », in *Mélanges en l'honneur de Jean STOUFFLET*, *op. cit.*, p. 136.

[33] Art. 433-1 C. pén.

[34] Art. 324-2 C. pén.

l'emprisonnement pour un an tel que prévu en matière de fraudes et de falsifications[35]. Entre ces deux quanta extrêmes, les durées de la peine de prison varient fortement allant de cinq ans à propos de la prise illégale d'intérêts[36], à deux ans concernant les pratiques commerciales trompeuses[37], en passant par trois ans pour l'infraction de faux[38]. On aurait pu légitimement imaginer que ces nombreux quanta de peine puissent refléter une politique criminelle cohérente, où l'infraction la plus grave est punie de la peine d'emprisonnement la plus longue. En réalité, l'hétérogénéité des durées de la peine de prison traduisent de multiples incohérences de la part du législateur[39].

177. Les incohérences des quanta de la peine d'emprisonnement. A la lecture des différentes durées prévues pour les infractions d'affaires, il ressort que le « recours à l'emprisonnement ou le dosage de cette peine ne sont pas les fruits d'une politique rationnelle »[40]. Ainsi, une forte critique peut être formulée à l'encontre des choix du législateur en la matière. Il apparaît que le quantum des peines de prison est davantage lié à une pénalisation incohérente par vagues qu'un reflet de la gravité du comportement, méthode que regrette la doctrine[41]. Cette pénalisation désordonnée a pour conséquence de produire des situations où des comportements voisins ne sont pas punis d'un emprisonnement de même durée. A ce titre, le rapport sur la dépénalisation de la vie des affaires déposé par Monsieur Jean-Marie COULON en 2008 a pointé du doigt le cas de l'abus de faiblesse, réprimé tant par l'article L. 122-8 du Code de la consommation que par l'article 223-15-2 du Code pénal mais puni respectivement d'un emprisonnement de cinq ans et de trois ans[42]. Ces dispositions illustrent parfaitement les incohérences touchant les quanta des peines d'emprisonnement. Fortement utilisée par le législateur pour réprimer les comportements prohibés en matière économique, la peine d'emprisonnement gagnerait en cohérence et en lisibilité si elle faisait l'objet d'une certaine harmonisation. Outre son recours systématique par le créateur de normes,

---

[35] Art. L. 213-4 C. consom.

[36] Art. 432-12 C. pén.

[37] Art. L. 121-6 C. consom.

[38] Art. 441-1 C. pén.

[39] G. ROYER, *L'efficience en droit pénal économique*, *op. cit.*, n° 121, p. 139.

[40] W. JEANDIDIER, « *Présentation critique des sanctions de quelques infractions d'affaires* », in *Mélanges en l'honneur de Jean STOUFFLET*, *op. cit.*, p. 140.

[41] H. MATSOPOULOU et J.-H. ROBERT, *Traité de droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n° 6, p. 23.

[42] *La dépénalisation de la vie des affaires*, dir. J-M. COULON, *op. cit.*, p. 56.

ce qui ne laisse pas de doute sur sa nécessité, il est important de se pencher sur la réalité du prononcé de la peine privative de liberté concernant les infractions d'affaires.

2) L'application nuancée de la peine privative de libertés par le juge pénal

178. La réception de la peine d'emprisonnement par le juge pénal. Alors que le législateur réserve une place de choix à la peine privative de liberté pour sanctionner les infractions d'affaires, la réalité des prononcés doit être nuancée et sa nécessité discutée. Pour apprécier la réception de la peine privative de liberté par le juge pénal, il convient de se pencher sur les condamnations prononcées en matière économique et financière. Une étude menée sur l'année 1999 laisse apparaître que 76,5 % des condamnations pour des infractions d'affaires étaient accompagnées d'une peine d'emprisonnement, qu'elle soit ferme ou avec un sursis partiel ou assortie d'un sursis total[43]. A titre d'exemple, ce taux était légèrement inférieur à la moyenne à propos de la corruption avec 72,8 %, tandis qu'il était bien plus fort concernant le blanchiment avec près de 90 %. Les chiffres pour l'année 2015 confirment cette tendance au recours à la peine privative de liberté par le juge pénal en avançant des chiffres similaires à ceux de 1999. Ainsi, les infractions d'escroquerie et d'abus de confiance sont dans 73,5 % des cas sanctionnées d'une peine de prison. Ce chiffre atteint presque les 80 % en matière d'atteintes aux finances publiques comme la fraude fiscale et les infractions douanières. A titre de comparaison, si l'on prend en compte l'ensemble des condamnations pour les délits en 2015, 46 % des condamnations ont été accompagnées d'une peine d'emprisonnement[44]. Il en ressort que la peine d'emprisonnement est bien plus prononcée en matière économique et financière qu'en matière de délits de droit commun. A la lecture de ces quelques données statistiques, il apparaît que le juge pénal est en accord avec la politique criminelle menée par le législateur de recourir à la peine privative de liberté en matière économique en la considérant comme nécessaire.

[43] D. DELABRUYERE, J. HERMILLY et N. RUELLAND, « La délinquance économique et financière sanctionnée par la justice », *Infostat Justice* 2002, n° 62.

[44] Ministère de la Justice, *Les chiffres-clés de la Justice 2016*, Sous-direction de la Statistique et des Études, p. 17 et 18.

179. La relativité de l'emprisonnement ferme en droit pénal des affaires. A l'instar de la matière correctionnelle de droit commun, les délits financiers sont soumis à l'article 132-19 du Code pénal qui impose aux magistrats de motiver spécialement le recours à une peine d'emprisonnement ferme. Cette dernière ne peut être prononcée qu'en dernier recours, « si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine nécessaire et si toute autre sanction est manifestement inadéquate ». En outre, l'emprisonnement doit faire l'objet de mesures d'aménagement. Il est intéressant de noter l'emploi par le législateur du terme « nécessaire », lequel se rapporte à l'individualisation de la sanction en fonction des critères précités. La Cour de cassation contrôle de façon stricte cette exigence, analysant la motivation des juges du fond au regard des conditions légales prévues par l'article 132-19[45]. Cette exigence de motivation spéciale est sans nul doute un frein à l'incarcération effective dans la mesure où les juges sont contraints de se référer aux conditions prévues par la loi et de démontrer que « la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur » justifient l'emprisonnement ferme. Ainsi, le juge répressif, bien qu'ayant recours à l'emprisonnement dans la grande majorité des condamnations, l'assorti bien souvent d'un sursis, même total. En ce sens, 70 % des condamnations en matière financière étaient assortis d'un sursis total en 1999. Cette situation se retrouve également près de quinze ans plus tard puisque 78 % des emprisonnements prononcées étaient avec un sursis total en matière de législation sur les sociétés en 2015 et de 68 % concernant les fraudes en matière de consommation. On peut néanmoins penser avec un auteur que ce mouvement tend récemment à reculer et que les juges recourent davantage à l'emprisonnement ferme[46], n'hésitant pas à en détailler longuement les raisons tenant à la gravité de l'infraction et la personnalité de l'auteur. Cette tendance est sans doute à rapprocher de celle se rencontrant aux Etats-Unis, où les juridictions n'hésitent pas à prononcer de longues peines d'emprisonnement ferme, notamment en ce qui concerne les délits boursiers[47]. Il conviendra de vérifier ultérieurement ce renforcement de l'emprisonnement ferme de manière globale, car pour le moment, celui-ci concerne essentiellement la fraude fiscale qui fait aujourd'hui l'objet d'une répression sans précédent, notamment en raison des pertes importantes qu'elle engendre pour les Etats. Ainsi,

[45] Cass. crim., 6 janv. 2016, *Bull. crim*. n° 2, Cass. crim., 29 nov. 2016, *Bull. crim*. n° 9.

[46] D. GOETZ, « Jugement Cahuzac : sanction hors-norme pour une affaire hors-norme ou révolution du droit pénal des affaires ? », *D. act.* 14 déc. 2016.

[47] N. RONTCHEVSKY, « Vers une pénalisation impérative des abus de marché intentionnels dans l'Union européenne », *RTD Com*. 2012, p. 150.

les condamnations à une peine privative de liberté en droit pénal des affaires demeurent le plus souvent assorties d'un sursis, remettant en cause sa nécessité.

180. La place du sursis total en matière économique et la théorie de la certitude de la peine. Le fort pourcentage de sursis total concernant les condamnations des infractions d'affaires peut laisser planer un espoir d'échapper à la prison dans l'esprit du délinquant. Lorsque celui-ci prévoit de commettre une infraction, il évalue non seulement les bénéfices pouvant en résulter, mais également le montant de peine encourue et la probabilité de condamnation. Cette prise en compte de la certitude de la peine n'est pas une théorie nouvelle puisque MONTESQUIEU puis BECCARIA en faisaient une condition de la peine nécessaire. Ainsi, « ce n'est pas la rigueur du supplice qui prévient le plus sûrement les crimes, c'est la certitude du châtiment. […] La perspective d'un châtiment modéré, mais inévitable, fera toujours une impression plus forte que la crainte vague d'un supplice terrible, auprès duquel se présente quelque espoir d'impunité »[48]. Aussi, la peine nécessaire, qui produit la plus grande dissuasion, est celle qui est certaine dans son prononcé. Dès lors, la peine privative de liberté, telle qu'elle est actuellement accueillie en matière économique, ne paraît pas remplir ces conditions dans la mesure où elle est dans la grande majorité des cas assortie d'un sursis total[49]. Si les autorités souhaitent respecter plus fidèlement la théorie de BECCARIA quant à la peine nécessaire, il conviendrait donc de recourir davantage à de l'emprisonnement ferme, quitte à établir des quanta moindres.

L'emprisonnement reste une sanction pénale fréquemment utilisée en matière économique et financière, que ce soit par le législateur ou le juge pénal mais dont l'effectivité et la fermeté de la privation de liberté sont à nuancer. Ce mouvement, qui révèle la nécessité de cette peine, est au cœur de l'actualité, puisque l'emprisonnement tend à être renforcé, voire imposé en droit pénal des affaires.

---

[48] C. BECCARIA, *Traité des délits et des peines, op. cit.*, chap XXVII, p. 123.

[49] Y. GUYON, « De l'inefficacité du droit pénal des affaires », *art. préc.*, p. 48.

B - L'obligation de recourir à l'emprisonnement en matière financière

181. La position du droit de l'Union européenne quant à la peine d'emprisonnement en matière boursière. Jusqu'à il y a peu, le Parlement européen et le Conseil donnaient leur préférence à la répression administrative et par conséquent, prenaient leur distance avec la peine d'emprisonnement en matière de criminalité économique. En ce sens, la directive n°2003/6/CE du 28 janvier 2003[50] dite « abus de marché » avait confié une place prédominante aux sanctions administratives et avait relégué la punition pénale au second plan[51]. Mais la tendance semble dernièrement s'inverser puisqu'un retour au droit pénal s'amorce par le biais des dernières directives. Ainsi, dans la directive n° 2014/57/UE du 16 avril 2014 relative aux abus de marché[52], les institutions européennes ont enjoint au législateur national de recourir à la peine d'emprisonnement en la matière. Pour un auteur, cette directive « renverse la logique adoptée par celle de 2003 en rendant les sanctions administratives subsidiaires et les sanctions pénales prioritaires »[53]. Plus précisément, l'article 7 de la directive prévoit que les comportements mentionnés aux articles 3 et 5 (l'opération d'initié et la manipulation de marché) doivent être punis d'une peine de prison maximale d'au moins quatre ans. Dans le même sens, l'infraction de divulgation illicite d'informations privilégiées réprimée à l'article 4, se doit d'être sanctionnée d'une peine d'emprisonnement maximale d'au moins deux ans. Ce qui semble être un « retour en arrière »[54] opéré par la directive de 2014 est révélateur de la place ambigüe de la peine privative de liberté en matière économique. Cette sanction est traditionnellement remise en cause par la doctrine et les institutions européennes s'en étaient elles-mêmes éloignées. Néanmoins ces dernières enjoignent aujourd'hui aux Etats membres de recourir à la peine d'emprisonnement notamment pour lutter contre les abus de marché. A ce titre, il convient de relever que la directive du 16 avril 2014 a eu le souhait de justifier le recours à la peine privative de liberté.

---

[50] Directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janv. 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (abus de marché), JORF n° L 096 du 12 avr. 2003, p. 16-25.

[51] N. RONTCHEVSKY, « Vers une pénalisation impérative de abus de marché intentionnels dans l'Union européenne », *art. préc.*, p. 150.

[52] Directive 2014.57/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avr. 2014 relative aux sanctions pénales applicables aux abus de marché (directive relative aux abus de marche), JOUE L 173 du 12 juin 2014, p. 179-189.

[53] F. STASIAK, « La répression des abus de marché en droit de l'Union européenne ou les dérives d'un continent », *in Mélanges en l'honneur de Geneviève GIUDICELLI-DELAGE*, Dalloz, 2016, p. 1010.

[54] A. BELLEZZA, « Les timides apports de la directive et du règlement communautaire du 16 avril 2014 en matière de répression des abus de marché », *RSC* 2015, p. 383.

182. Les raisons du retour à la peine d'emprisonnement. Il est important de souligner que la directive européenne du 16 avril 2014 a pris le soin d'évoquer les raisons ayant poussé à recourir à la peine privative de liberté. Premièrement, en son considérant 5, la directive avoue la faiblesse des sanctions administratives et précise que leur adoption « par les États membres s'est révélée jusqu'ici insuffisante pour assurer le respect des règles relatives à la prévention et à la lutte contre les abus de marché ». Il ressort de cette disposition que c'est la force intrinsèque de la peine privative de liberté qui justifie son retour en la matière. Dans le sens de ce qu'une partie de la doctrine affirme de longue date[55], la peine de prison tire sa force et sa nécessité de son caractère intimidant et de l'impact qu'elle a sur l'opinion publique. Aussi, le considérant 6 de la directive précise que les sanctions pénales marquent « une désapprobation sociale plus forte que les sanctions administratives ». Le texte rajoute que « l'établissement d'infractions pénales au moins pour les formes graves d'abus de marché établit des frontières claires pour certains types de comportements qui sont considérés comme particulièrement inacceptables et adresse au public et aux auteurs potentiels le message que les autorités compétentes prennent très au sérieux ces comportements ». Enfin, le considérant achève cette démonstration en affirmant que « l'imposition de sanctions pénales pour les abus de marché aura un effet dissuasif accru sur les auteurs potentiels de l'infraction ». A la lecture de ces dispositions, une justification importante du recours, et du retour, à la peine d'emprisonnement en matière de délit boursier se situe dans la dissuasion qu'elle provoque et l'impact politique qu'elle réalise, c'est-à-dire pour son symbolisme[56].

Malgré les critiques formulées à son encontre, la peine d'emprisonnement serait une peine nécessaire en matière économique non pas tant en raison de sa qualité première (la neutralisation du délinquant), qui est rarement effective mais plutôt en raison de sa symbolique très forte et de son caractère dissuasif. Il n'en reste pas moins que la peine privative de liberté permet l'exclusion sociale du condamné, pouvoir dont seul le droit pénal est investi. Outre les personnes physiques, les personnes morales sont elles aussi susceptibles d'être écartées de la sphère sociale.

---

[55] R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, T. 1, *op. cit.*, n° 719, p. 893 et s.

[56] L. DE GRAEVE, « Réflexions sur le souhait des magistrats du quai de l'horloge de remettre les pendules (de la matière répressive) à l'heure (à propos de (à propos de Cass. crim., 22 janv. 2014, n° 12-83.579 et Cass. com., 21 janv. 2014, n° 12-29.166), *Dr. pén.*, avr. 2014, ét. 26, n° 27.

§2 - LA MISE A L' ECART SOCIALE DE LA PERSONNE MORALE

183. Omniprésence de la personne morale en droit des affaires. La personnalité morale est une fiction juridique omniprésente en droit des affaires, le plus souvent sous la forme de société. Elle est d'autant plus omniprésente qu'elle intervient sous des qualifications diverses et variées. Tantôt victime comme dans le cadre de l'abus de biens sociaux[57], tantôt auteure de l'infraction, tantôt moyen de facilitation pour les délinquants personnes physiques, la personne morale joue un rôle central dans le droit pénal des affaires. Dans ces conditions, il était souhaitable que le législateur prenne conscience de cette situation en permettant de retenir la responsabilité de la personne morale en vue d'une possible condamnation et de pouvoir s'aligner sur les autres branches du droit qui le permettaient déjà, ce qui justifie la nécessité du droit pénal (A). Concernant plus précisément la fonction de neutralisation, celle-ci prend la forme de la dissolution, peine extrêmement sévère et éliminant totalement une personne morale (B).

A - La nécessité absolue de la responsabilité pénale des personnes morales

184. Le rôle certain des sociétés dans la délinquance économique et financière. L'utilisation de montages sociétaires par les délinquants d'affaires n'est plus à démontrer[58]. Outre un apport de crédit et un certain anonymat, la personnalité morale peut être utilisée afin de faciliter la commission de nombreuses infractions. Cette dernière peut également être la bénéficiaire du profit tiré de l'infraction, et servir de refuge aux délinquants personnes physiques. Le recours aux montages opaques, aux sociétés-écran[59] et aux structures sociétaires complexes sont des méthodes fréquemment dénoncées par les autorités[60]. En ce sens, le législateur a eu le souhait d'adopter une position particulièrement sévère à propos des structures sociales permettant aux personnes physiques de transférer les profits d'une infraction à une

---

[57] Cass. crim., 16 déc. 2009, *Bull. crim*. 2009, n° 218.

[58] E. VERNIER, *Techniques de blanchiment et moyens de lutte, op. cit.,* p. 170.

[59] C. CUTAJAR, *La société écran, essai sur sa notion et son régime juridique*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de Droit privé », 1998.

[60] Cir. du 23 janv. 2014 relative à la présentation de la loi n° 2013-1117 en date du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière

personne morale afin de de n'en être plus juridiquement propriétaire[61]. Au-delà de la société prise individuellement, le droit pénal des affaires n'est pas étranger au phénomène du groupe de sociétés, lequel appelle des réponses particulières[62]. Dans ces conditions, il était nécessaire pour le droit pénal de prévoir une responsabilité des personnes morales. De ce point de vue, cette absence de responsabilité constituait une lacune importante justifiant le recours à d'autres branches du droit mieux pourvues comme le droit administratif. C'est pourquoi la doctrine appelait à une réforme complète en ce domaine[63] qui rendrait le droit pénal nécessaire en matière économique.

185. L'instauration progressive d'une responsabilité pénale générale des personnes morales. Considérée comme l'une des plus grandes innovations du Code pénal de 1994, la possibilité d'engager la responsabilité des personnes morales est réalisée par l'insertion d'un article 121-2 au sein dudit code. Avant cette date, les personnes morales ne pouvaient voir leur responsabilité engagée que pour de rares infractions notamment en matière douanière[64] ou fiscale[65]. Il convient de noter que cette nouvelle responsabilité a évidemment aggravé la répression et s'est trouvée soumise à la règle de non-rétroactivité. Ainsi, les personnes morales ne sont responsables que pour les faits commis après le 1er mars 1994. Le texte initial prévoyait que la responsabilité des personnes morales ne pouvait être retenue que lorsque le texte d'infraction l'établissait expressément. Par la suite, la jurisprudence puis la loi sont venues élargir ce domaine de responsabilité pénale. C'est tout d'abord en matière douanière que la Chambre criminelle de la Cour de cassation a choisi d'étendre le champ d'application de la responsabilité des personnes morales. Dans un arrêt du 5 février 2003, les juges ont décidé que l'article 399 du Code des douanes concernant la contrebande était applicable aux personnes morales alors que le texte légal ne prévoyait pas expressément cette responsabilité[66]. Par la suite, diverses lois ponctuelles sont venues intégrer des infractions dans le champ de la responsabilité des personnes morales comme la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 relative à

---

[61] J.-P. GARRAUD, rapp. AN n° 4112, déposé le 21 déc. 2011, p. 144 et s.

[62] F. STASIAK, « Groupe de sociétés et responsabilité pénale : de l'esquive à l'esquisse », *Rev. sociétés* 2017, p. 36 et s.

[63] Y. GUYON, « De l'inefficacité du droit pénal des affaires », *art. préc.*, p. 41.

[64] Cass. crim., 28 mai 1980, *Bull. crim*. 1980, n° 160.

[65] Cass. crim., 19 juill. 1907, *Bull. crim*. 1907, n° 333.

[66] Cass. crim., 5 févr. 2003, *Bull. crim.* n° 24 ; *Dr. pén.* 2001, comm. 43, note M. VERON ; *D.* 2003, p. 2855, note J.-C. PLANQUE.

l'économique numérique. Enfin, la loi n° 2004-204 dite « Perben II » du 9 mars 2004 a instauré une responsabilité générale des personnes morales. Cette loi a modifié l'article 121-2 du Code pénal qui prévoyait la responsabilité uniquement « dans les cas prévus par la loi ». Avec la suppression de ce terme, la responsabilité des personnes morales a été généralisée à toute infraction pénale. Cette responsabilité pénale générale des personnes morales était nécessaire pour légitimer l'intervention du droit pénal dans la matière économique, concurrencé notamment par le droit administratif, mais également en raison du rôle central que jouent les sociétés en la matière.

186. Conditions de la responsabilité des personnes morales. La généralité de la responsabilité pénale des personnes morales concerne les infractions susceptibles d'être commises par les différents types de sociétés. Sont exclusivement responsables les groupements disposant de la personnalité morale. Sont, entre autres, exclus les sociétés créées de fait ainsi que les groupes de sociétés. Sont donc concernées les personnes morales de droit public comme les établissements publics et les collectivités territoriales et de droit privé telles que les sociétés civiles et commerciales mais également les associations ou les partis politiques. Enfin, l'Etat ne peut pas voir sa responsabilité pénale mise en œuvre, notamment car celui-ci détient le monopole de la répression pénale, ce qui conduirait à des situations d' « auto-punition ». L'originalité du régime de la responsabilité des personnes morales tient à ce que l'infraction est tout de même toujours réalisée par une personne physique. En effet, il est délicat de concevoir qu'une personne morale puisse réaliser l'élément moral ou matériel d'une infraction. Dans ces conditions, il est possible de lui imputer cette infraction à la double condition qu'elle soit commise par un organe ou un de ses représentant et qu'elle soit réalisée pour le compte de celle-ci. Notons que la jurisprudence se révèle particulièrement sévère vis-à-vis de la personne morale en cas de complicité de son organe à une infraction principale. Ainsi, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a pu condamner une personne morale pour escroquerie alors qu'un tiers avait réalisé les manœuvres frauduleuses et que son dirigeant n'avait été impliqué dans l'affaire qu'au seul motif que sa société avait bénéficié de l'infraction[67]. Enfin, comme le souligne l'article 121-2 du Code pénal, la responsabilité de la personne morale n'exclut pas celle de la personne physique qui a commis l'infraction. La répression en matière boursière semble s'écarter de ces conditions quant à la réalisation de l'infraction par un organe ou un représentant

[67] Cass. crim., 17 déc. 2014, inédit, pourvoi n° 13-88.520.

de la personne morale. Lors d'un arrêt du 28 janvier 2009, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a retenu la responsabilité d'une société pour des faits commis par un salarié, dès lors que ce dernier n'a pas agi de sa propre initiative mais au profit de la personne morale[68]. Pour les juges, le salarié avait agi en parfaite connaissance de sa hiérarchie, de sorte que l'infraction avait été nécessairement commise par un organe de la société au sens de l'article 121-2 du Code pénal. Cette solution doit être rapproché de la jurisprudence administrative puisque le Conseil d'Etat a, par une décision du 6 juin 2009, approuvé l'Autorité des marchés financiers ayant condamné une personne morale pour des faits commis par l'un de ses préposés[69]. Pour la Haute juridiction administrative, le principe de responsabilité personnelle n'est pas méconnu dès lors que le préposé a agi dans le cadre de ses fonctions. Il est légitime de se demander si une telle position ne crée pas une certaine responsabilité du fait d'autrui en faisant une lecture singulière des conditions légale. Aussi, on peut s'interroger avec un auteur sur la compatibilité de cette décision vis-à-vis des droits fondamentaux eu égard au qualificatif de matière pénale reconnue à la répression boursière[70].

187. Les limites à la responsabilité des personnes morales : l'absence de responsabilité du groupe de société. Si l'affirmation d'une responsabilité pénale générale des personnes morales est assurément une avancée considérable, justifiant la nécessité du droit pénal par rapport aux autres droits, il est toutefois possible de regretter l'absence de responsabilité pénale du groupe de sociétés. Notons tout de suite que le droit pénal n'est pas totalement étranger au groupe de sociétés. En effet, la Chambre criminelle de la Cour de cassation semble prendre en compte l'intérêt non pas d'une société isolée mais l'intérêt du groupe entier en matière d'abus de biens sociaux lorsqu'une des sociétés fait une avance en trésorerie à une autre société membre[71], légitimant l'appauvrissement de la première et créant par là ce qui s'apparente à un fait justificatif[72]. Mis à part ce point particulier, le droit pénal ne reconnaît pas la responsabilité pénale des groupes de sociétés, en raison de leur absence de personnalité morale en droit français. Dès lors, le groupe de sociétés ne peut pas voir sa responsabilité engagée sur le fondement de l'article 121-2 du Code pénal qui, rappelons-le, ne

---

[68] Cass. crim., 28 janvier, 2009, *Dr. sociétés* 2009, comm. 83, obs. SALOMON.

[69] CE, 6 juin 2008, n° 300619, *Dr. sociétés* 2008, comm. 257, note Th. BONNEAU.

[70] F. STASIAK, « Imputation à la personne morale des infractions commises par ses préposés », *RSC* 2009, p. 120.

[71] Cass. crim., 4 févr. 1985, *Bull. crim*. n° 54, *JCP* 1985, II, 14613, note W. JEANDIDIER.

[72] F. STASIAK, *Droit pénal des affaires, op. cit.,* p. 245.

concerne que les entités disposant de la personnalité morale. Cette absence peut être regrettée à double titre. D'une part, le droit pénal se retrouve en décalage avec la réalité économique dans la mesure où l'on recense plus de 40 000 groupes de sociétés en France. D'autre part, de façon plus inquiétante vis-à-vis du principe de nécessité, le droit pénal se trouve ici lacunaire comparé aux autres droits et notamment au droit de la concurrence qui prend en compte l'appartenance à un groupe dans l'édiction de ses sanctions[73]. Il est évident que la responsabilité pénale du groupe de sociétés poserait de nombreux problèmes notamment au regard des principes de personnalité et de personnalisation de la peine. Néanmoins, il est important de noter que sur ce point, le droit pénal ne justifie pas autant son intervention que les autres droits. Heureusement, cette lacune peut être contournée par la responsabilité de chacune des sociétés composant le groupe, celles-ci risquant à ce titre des peines que seule la justice pénale est en position de prononcer telle que la dissolution.

B - La mise à l'écart totale de la personne morale : la peine de dissolution

188. Une peine sévère largement présente en matière économique et financière. Présentée comme une véritable peine de mort de la personne morale[74], la dissolution permet d'écarter totalement une société de la sphère économique. Dès lors, cette peine apparaît comme particulièrement sévère, participant pleinement à la fonction de neutralisation voire d'élimination, laquelle s'applique parfaitement aux personnes morales[75]. C'est cette possibilité de faire disparaître une personne morale déviante qui justifie le recours au droit pénal. Néanmoins, on notera qu'il existe des dissolutions en dehors du droit pénal mais qui ne disposent pas du même rayonnement et qui sont limitées à des cas bien précis. Ainsi, en matière civile, une association peut être dissoute lorsque son objet est illicite ou si les formalités de déclaration n'ont pas été respectées[76], mais également en matière administrative où il existe une dissolution applicable à certains groupements[77]. Concernant la peine de dissolution en matière

---

[73] E. CLAUDEL, « L'appartenance à un groupe au crible du principe d'individualisation de la sanction en l'absence d'unité économique : la valse à quatre temps de la Cour de cassation », *RTD Com.* 2015, p. 84.

[74] J. PRADEL, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 567.

[75] F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général, op. cit.,* n° 850, p. 821.

[76] Art. 7 L. 1er juill. 1901.

[77] Art. 1er L. 10 janv. 1936 sur les groupes de combat et milices privées.

pénale, celle-ci est prévue à l'article 131-9, 1° du Code pénal « lorsque la personne morale a été créée ou, lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni en ce qui concerne les personnes physiques d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à trois ans, détournée de son objet pour commettre les faits incriminés ». Etant une peine particulièrement lourde, la circulaire du 14 mai 1993 relative au nouveau Code pénal a tenu à restreindre les cas de dissolution « aux infractions d'une très grande gravité ». Dans ces conditions, il est normal de retrouver de nombreuses infractions étrangères au droit pénal des affaires et présentant une particulière gravité comme les crimes contre l'humanité ou le trafic de stupéfiants. Mais le droit pénal des affaires est lui aussi concerné puisque la dissolution est encourue à propos de l'abus de confiance[78], de l'escroquerie[79], du recel[80] et du blanchiment[81], du faux monnayage[82] mais également concernant les infractions en matière de chèques[83], en matière bancaire[84] et le délit d'initié[85]. La peine de dissolution est ainsi fortement présente en droit pénal des affaires, où sa fonction neutralisante est recherchée. Son application par le juge pénal nuance tout de même ces propos. Une étude menée par le Ministère de la Justice laisse apparaître que la peine de dissolution représente 0,3 % des peines prononcées sur l'année 2005[86]. Largement prévue en théorie par les textes, la peine de dissolution reste peu appliquée en pratique. En ce sens, même si son champ d'application n'apparaît pas restreint eu égard à sa gravité, sa mise en œuvre, en revanche, est régie par de strictes conditions afin de contrebalancer sa sévérité.

189. La mise en œuvre de la dissolution. L'article 131-39, 1° du Code pénal prévoit deux hypothèses permettant la dissolution. Dans un premier cas, il faut que la personne morale ait été créée pour réaliser l'infraction, quelle que soit sa nature ou sa gravité. Dans un second cas, il faut qu'elle ait été détournée de son objet pour des comportements punis d'au

---

[78] Art. 314-12 C. pén.

[79] Art. 313-9 C. pén (un moment supprimée par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 puis réintégrée par la loi n° 2009-1437 du 24 nov. 2009.

[80] Art. 321-12 C. pén.

[81] Art. 324-9 C. pén.

[82] Art. 442-14 C. pén.

[83] Art. L. 163-10-1 C. mon. fin.

[84] Art. L. 571-1 C. mon. fin.

[85] Art. L. 465-3 C. mon. fin.

[86] D. BAUX et O. TIMBART, *Les condamnations de personnes de 2003 à 2005*, Ministère de la Justice, 2008, p. 15.

moins de trois ans d'emprisonnement. Pour cette hypothèse, la fixation de ce seuil à trois ans est une aggravation issue de la loi du 12 juin 2001, le texte initial prévoyant un seuil de cinq ans. Pour la première situation, il s'agit du cas le plus simple en théorie mais dont les exemples sont rares notamment pour des raisons de preuve. Ici, le groupement est constitué pour commettre une infraction, mais il est délicat de relever son véritable objet, d'autant plus si celui-ci s'est également livré à des opérations licites. En droit pénal des affaires, il s'agira des cas de sociétés écrans qui ont pour ultime raison d'être de masquer des mouvements financiers illicites, notamment en matière d'escroquerie et de blanchiment[87]. On peut regretter une rédaction du texte particulièrement critiquable quant aux conditions de la création de la personne morale aux fins d'infraction. A ce titre, un auteur déplore que l'on ne sache pas si le dessein criminel doit être l'unique raison de la création de la personne morale ou une parmi d'autres[88]. Le dessein frauduleux ne serait dès lors pas exclusif de toute activité licite par la personne morale, cette apparence licite pouvant également servir à masquer la fraude. Enfin, rien n'indique si ce dessein criminel doit émaner des fondateurs, des associés ou des dirigeants et si tous doivent être concernés ou seulement certains d'entre eux.

La deuxième hypothèse permettant la dissolution se prête davantage à une application en pratique puisqu'il suffit ici que la personne morale ait été détournée de son objet initial, mais seulement pour les infractions punies d'au moins trois ans d'emprisonnement. Ici, il n'y a pas une volonté délictuelle dès la création du groupement, celui-ci ayant à l'origine un objet licite mais il revient de constater un détournement en cours de vie sociale afin d'accomplir une infraction. Là encore, la rédaction du texte n'est pas exempte de toute critique. Il est possible de se demander si ce type de dissolution peut finalement être appliqué dès que la responsabilité pénale est retenue puisque l'objet social de la personne morale ne peut pas être illégal. Cette solution reviendrait à considérer que l'établissement de la responsabilité pénale de la personne morale entraîne *de facto* un détournement de son objet, ce qui reviendrait à remettre en cause la condition légale de la dissolution. Il semble plus approprié de penser que le détournement de l'objet social suppose des manœuvres ou une stratégie mise en place par les dirigeants pour utiliser la structure sociétaire à des fins illicites. De façon heureuse, la Chambre criminelle de la Cour de cassation est venue apporter un éclairage sur ce point en décidant la

[87] Cass. crim., 2 déc. 2009, inédit, pourvoi n° 09-81.088.

[88] P. LE CANNU, « Les sanctions applicables aux personnes morales en raison de leur responsabilité pénale », *LPA* 1993, n° 120, p. 16.

dissolution pour blanchiment d'une société civile immobilière pour détournement de son objet initial, dès lors que celle-ci avait été créée plusieurs mois avant les faits infractionnels[89].

Dans l'une ou l'autre des hypothèses de l'article 131-39, 1° du Code pénal, la peine de dissolution consacre pleinement la fonction de neutralisation de la peine. Cette peine apparaît donc nécessaire en droit pénal des affaires et justifie le recours au droit pénal dans la matière économique même si la neutralisation du délinquant peut être cantonnée au seul domaine concerné par l'infraction.

[89] Cass. crim., 16 déc. 2015, *Bull. crim*. n° 312.

SECTION 2

LA NECESSITE ABSOLUE D'ECARTER LE DELINQUANT DE LA SPHERE ECONOMIQUE

190. Les limites de la neutralisation sociale. Contrairement à la neutralisation sociale qui présente de nombreux inconvénients en matière économique, la mise à l'écart cantonnée au monde des affaires semble davantage nécessaire. Par mise à l'écart de la sphère économique, il faut entendre toute sanction permettant de neutraliser le délinquant d'affaires en lui interdisant de réaliser certaines activités financières ou d'effectuer certaines opérations. Ce type de sanction, qui contribue fortement à la fonction de neutralisation de la peine, présente de nombreux avantages. Tout d'abord, cette mise à l'écart permet d'éviter un recours à l'emprisonnement, très coûteux et mal adapté à la délinquance d'affaires, tout en atteignant des objectifs similaires. De plus, ce type de peine regroupe une multitude de sanctions qui permettent d'adapter au mieux la réponse répressive à la situation de fait dans un souci de stricte nécessité. Le recours au droit pénal en matière économique se justifie par cette adaptation de la peine à fonction neutralisante, qui ne passe plus systématiquement par un emprisonnement et une élimination sociale du condamné. En proposant des peines permettant une mise à l'écart du délinquant d'une aire déterminée, le droit pénal apparaît nécessaire en droit des affaires. Plus précisément, cette élimination de la sphère économique présente différents degrés de sévérité. Celle-ci peut être totale en écartant purement et simplement le délinquant de tel ou tel domaine (§1) ou partielle lorsqu'elle restreint sa liberté et l'écarte de certaines activités (§2).

§1 - L'ELIMINATION TOTALE DU MONDE DES AFFAIRES

191. Le bannissement de l'agent économique déviant. Lorsque cela s'avère nécessaire, le délinquant doit pouvoir être mis totalement à l'écart de l'activité économique, notamment lorsqu'il présente un danger pour ladite activité ou lorsque les risques de récidive sont trop importants. Cette possibilité est aujourd'hui permise par l'insertion d'une peine d'interdiction professionnelle au sein de l'arsenal répressif. Les interdictions professionnelles font l'objet d'un régime désordonné et complexe[90] dont il convient d'éclairer les points principaux. Aussi, cette interdiction peut prendre la forme d'une peine complémentaire (A), dont l'utilité ne fait pas de doute en matière économique, celle-ci renforçant des peines principales parfois mal adaptées. En revanche, elle peut également prendre l'apparence d'une peine automatique, sujette à discussion notamment au regard du principe de nécessité (B).

A - Le caractère indispensable de la peine complémentaire d'interdiction professionnelle

192. L'évolution des interdictions professionnelles. Comme le souligne un auteur, pendant longtemps le législateur ne s'est pas soucié d'éliminer des activités commerciales les personnes pouvant porter atteinte au patrimoine d'autrui[91]. Ce n'est qu'à partir d'une loi du 19 juin 1930 que les premières interdictions professionnelles ont vu le jour, celles-ci ayant à ce moment un caractère automatique. Plus précisément, ces dispositions interdisaient aux banquiers, condamnés pour crimes ou pour des délits financiers comme l'escroquerie ou l'abus de confiance, d'exercer à nouveau leur profession. Le décret-loi du 8 août 1935 a étendu ce mécanisme aux dirigeants de sociétés en instaurant la déchéance et l'interdiction de gérer et d'administrer une société. Par la suite, la loi du 16 novembre 1940 sur les sociétés anonymes a appliqué ce régime d'interdiction au président-directeur général. Le mouvement s'est poursuivi avec la loi n° 47-1635 du 30 août 1947 sur l'assainissement des professions commerciales. Cette loi a inséré la peine d'incapacité commerciale, par principe

---

[90] Pour une étude complète v. S. DETRAZ, « Interdictions professionnelles », *J.-Cl. Pénal*, fasc. 30, oct. 2008.

[91] H. MATSOPOULOU, « Le nouveau régime des incapacités commerciales », *Dr. pén*. nov. 2008, étude n° 24, p. 6.

perpétuelle, applicable aux personnes condamnées d'au moins 3 mois d'emprisonnement ferme. On le voit, la mise à l'écart du délinquant d'affaires est passée par différentes étapes successives qui ont progressivement rendu le droit pénal nécessaire en la matière. Aujourd'hui, les interdictions professionnelles sont issues de diverses lois éparses ayant été ou non codifiées dans plusieurs codes.

193. Les interdictions professionnelles au sein du Code pénal. On distingue au sein de l'article 131-27 du Code pénal deux types d'interdictions. Le premier alinéa est consacré à une interdiction professionnelle dite générale qui porte normalement sur l'activité en relation avec l'infraction commise. Plus précisément, l'article 131-28 prévoit en ce sens que « l'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou sociale peut porter soit sur l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice de laquelle ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise, soit sur toute autre activité professionnelle ou sociale définie par la loi qui réprime l'infraction ». Concernant la durée, cette interdiction générale d'interdiction professionnelle est soit définitive soit temporaire, auquel cas elle ne peut excéder cinq ans[92]. Une disposition similaire s'applique aux personnes morales, prévue à l'article 131-39 2° du Code pénal, interdisant à ces dernières d'exercer une activité professionnelle ou sociale.

Le second alinéa concerne de son côté une interdiction spécifique d'exercer une activité économique, distincte de l'interdiction générale précitée. Ces interdictions sont limitées à certaines infractions et doivent par conséquent être spécialement prévues pour le texte spécial, comme par exemple en matière de vol[93], d'escroquerie[94] ou d'abus de confiance[95]. Ces peines complémentaires sont extrêmement importantes puisqu'elles sont particulièrement adaptées à la délinquance d'affaires[96] en ce qu'elles permettent une neutralisation efficace de l'agent délictueux. Notons que la loi du 6 décembre 2013 a allongé la durée maximale de la peine complémentaire d'interdiction temporaire d'exercer une activité économique, la portant à quinze ans au lieu de dix auparavant[97]. En outre, l'article 131-6 11° et 15° du Code pénal prévoit

[92] Art. 131-27 al. 1 C. pén.

[93] Art. 311-14 2° C. pén.

[94] Art. 313-7 2° C pén.

[95] Art. 314-10 2° C. pén.

[96] R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, T. 1, *op. cit.*, n° 662, p. 834 ; H. MATSOPOULOU et J.-H. ROBERT, *Traité de droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n° 6, p. 23.

[97] Art. 131-27 al. 2 C. pén.

que l'interdiction professionnelle générale et l'interdiction commerciale spécifique peuvent être encourues à titre de peine alternative, à la place de l'emprisonnement. Cette solution est à saluer car elle permet d'éviter l'emprisonnement, peu adapté à la délinquance économique, d'autant plus que le juge peut également prononcer une amende aux côtés de cette interdiction. Cela montre également une certaine correspondance entre l'emprisonnement et l'interdiction professionnelle, toute aussi utile pour neutraliser le délinquant dangereux pour le réseau économique. Enfin, l'article 434-40-1 du Code pénal prévoit que la violation de ces interdictions professionnelles est punie d'une peine de deux ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende. A côte de ces deux types d'interdiction, il est intéressant de noter que le Code pénal et plus particulièrement son article 131-26 permet de prononcer une peine d'inéligibilité qui emporte interdiction d'exercer une fonction publique. Cette peine d'inéligibilité peut être portée à dix ans lorsque la personne occupait une fonction de membre du Gouvernement ou un mandat électif public au moment des faits[98]. Là encore, la nécessité d'une telle peine est évidente eu égard aux facilités délictuelles que procure une telle activité. Le droit pénal a donc pris conscience de l'importance de circonscrire la neutralisation du délinquant à la seule sphère économique, ce qui le rend assurément nécessaire. Au-delà de ces interdictions présentes au sein du Code pénal, des lois éparses sont à l'origine d'une dissémination de ces peines dans d'autres textes légaux.

194. Les interdictions professionnelles situées à l'extérieur du Code pénal. Premièrement, le législateur a pris en compte les critiques de la doctrine qui regrettait l'absence de la peine complémentaire d'interdiction professionnelle au sein du Code de commerce et notamment concernant l'infraction d'abus de biens sociaux[99]. La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 a comblé cette lacune en créant un nouvel article L. 249-1 au sein du Code de commerce qui concerne de manière générale tous les délits relatifs au droit des sociétés ainsi que la banqueroute[100]. Plus précisément, le texte prévoit une peine complémentaire d'interdiction d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise mais également toute fonction, directe ou indirecte, de direction d'une entité industrielle ou commerciale. Cette initiative doit être vivement saluée

[98] Art. 131-26-1 C. pén.

[99] F. STASIAK, « La réception et la cohérence des considérations économiques relatives à l'abus de biens sociaux », *art. préc.*, p. 40.

[100] Art. L. 654-5 2° C. com.

dans la mesure où ces infractions sont directement réalisées par une personne usant des facilités de sa fonction. Le droit de la consommation est aussi concerné par les interdictions professionnelles, notamment en matière de pratiques commerciales agressives[101] ou d'abus de faiblesse[102]. Dans le même sens, l'article 1750 du Code général des impôts prévoit qu'en cas de condamnation en matière fiscale, notamment sur la base de l'article 1741 à propos du délit général de fraude fiscale, le délinquant risque la peine complémentaire d'interdiction d'exercer une activité commerciale ou industrielle. Une disposition similaire se trouve à l'article 432 bis §1 du Code des douanes, encourue pour de nombreuses infractions en la matière. Il en ressort que la matière économique est irriguée par la peine d'interdiction professionnelle, ce qui est à souligner lorsque le droit pénal se veut nécessaire. Néanmoins, on regrettera que les délits boursiers ne soient pas concernés par cette peine complémentaire qui, pourtant, aurait un grand intérêt en la matière. Les articles L. 465-1 et suivants du Code monétaire et financier ne prévoient aucune peine complémentaire. Il est vrai que l'article L. 500-1, II, 2°, q, du même code interdit un certain nombre d'activités aux personnes reconnues coupables de délits boursiers. Cependant, ce texte est plus restrictif que les interdictions professionnelles vues précédemment puisqu'il ne fait référence qu'à des activités prévues au sein du Code monétaire et financier. Cette disposition est à rapprocher de celle concernant l'Autorité des marchés financiers, laquelle peut également prononcer des interdictions professionnelles[103]. De ce point de vue, la justice administrative dispose ici d'un meilleur arsenal comparable à son homologue pénal. Il conviendrait donc, pour être pleinement nécessaire, que le droit pénal se dote d'une peine d'interdiction professionnelle générale en matière boursière et non pas cantonnée aux activités prévues par le Code monétaire et financier. A côté de ces peines d'interdictions fortement utiles en matière économique, il est possible de relever l'existence d'une incapacité professionnelle dont le caractère automatique semble contraire au principe de nécessité des peines.

[101] Art. L. 132-12 C. consom.

[102] Art. L. 132-15 C. consom.

[103] Art. L. 621-15 III) a) C. mon. fin.

B - Principe de nécessité et caractère automatique de l'interdiction professionnelle

195. L'inconstitutionnalité déclarée des interdictions professionnelles automatiques. Comme vu précédemment[104], le caractère automatique des peines est contraire à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, rendant une peine accessoire non nécessaire. Le Conseil constitutionnel se montre particulièrement vigilant dans ses contrôles et tend à écarter ce genre de peines de la législation en vigueur et notamment les interdictions professionnelles. Ainsi, dans une décision du 15 mars 1999, le Conseil constitutionnel a déclaré contraire à la Constitution l'interdiction d'exercer une fonction publique attachée de plein droit à une condamnation pour faillite[105]. Une décision similaire a censuré une peine d'inéligibilité automatique découlant d'une sanction disciplinaire applicable aux notaires[106]. Cette position ferme des Sages les conduit à abroger de nombreuses interdictions, en particulier par le biais de la question prioritaire de constitutionnalité. Dans d'autres hypothèses, le législateur peut prendre conscience du caractère automatique d'une telle peine et s'engager dans un processus d'abrogation. Par exemple, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2005-428 du 6 mai 2005, l'article L. 128-1 du Code commerce prévoyait une interdiction d'entreprendre une activité commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer ou de contrôler une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale pour celui qui a fait l'objet depuis moins de dix ans d'une condamnation définitive pour certaines infractions limitativement énumérées (notamment pour crime, escroquerie, abus de confiance ou recel). Il s'agissait ni plus ni moins d'une peine automatique, le condamné se voyant interdit d'exercer certaines activités sans que le juge n'ait à prononcer ladite sanction. Naturellement, cette disposition a tout de suite prêté le flanc à la critique de la part de la doctrine, son caractère automatique en faisant clairement une disposition inconstitutionnelle. Pour un auteur, cet article ne répondait pas « à l'exigence de nécessité de la peine, proclamé par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, ou à l'exigence de proportionnalité, principes supérieurs d'ordre constitutionnel »[107]. C'est pour ces raisons qu'avec le souci de permettre une

---

[104] V. infra n° 125.

[105] Cons. const., 15 mars 1999, DC n° 99-410, *Dr. pén.*, 1999, comm. n° 68, note J.-H. ROBERT.

[106] Cons. const., 27 janv. 2012, n° 2011-211 QPC.

[107] B. BOULOC, « Les incapacités en matière commerciale (après l'ordonnance du 6 mai 2005) », *RJ com*. 2006, p. 9 et s.

meilleure individualisation de la sanction, la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie a remplacé la peine automatique que cet article édictait par une peine complémentaire que les tribunaux devront prononcer de manière expresse, lorsque l'interdiction d'exercice leur paraîtra justifiée. Il convient de noter que désormais, l'article L. 128-1 du Code de commerce concerne la tenue du fichier national des interdictions de gérer. Ce fichier est tenu par le Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce et recense toutes les interdictions d'activité professionnelle ou sociale ainsi que les interdictions de gérer. Ainsi, le commerçant qui demande son inscription ne doit pas être sous le coup d'une interdiction, ce qui empêcherait toute activité. Malgré leur contrariété avec le principe de nécessité, les interdictions professionnelles automatiques n'ont pas totalement disparu de droit positif, celles-ci se retrouvant fréquemment dans les législations éparses.

196. La survivance d'interdictions professionnelles automatiques. Alors que son inconstitutionnalité ne fait aucun doute, la peine automatique d'interdiction professionnelle se retrouve régulièrement en matière économique. Par exemple, cette peine accessoire est toujours d'actualité au sein du Code monétaire et financier. L'ordonnance n° 2005-429 du 6 mai 2005 a inséré en ce sens un article L. 500-1 modifié depuis par la loi du 21 février 2017. Ce texte précise que toute personne condamnée depuis moins de dix ans pour une des infractions visées dont celle de blanchiment, de corruption ou de fraude fiscale, ou encore celles prévues par le Code monétaire et financier, ne peut directement ou indirectement, pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, diriger, gérer, administrer ni être membre d'un organe collégial de contrôle d'un organisme financier (notamment les établissements de crédit[108], les sociétés de gestion de placement collectif [109] ou encore les établissements de monnaie électronique[110]). La disposition interdit également d'exercer une des professions ou activités mentionnées telles que le démarchage bancaire[111], ou de conseil financier[112]. Le caractère automatique d'une telle interdiction ne fait aucun doute dans la mesure où celle-ci s'applique sans que le juge n'ait à la prononcer expressément[113] même si le point IV de l'article prévoit

[108] Art. L. 511-1 C. mon. fin.

[109] Art. L. 543-1 C. mon. fin.

[110] Art. L. 526-1 C. mon. fin.

[111] Art. L. 341-1 C. mon. fin.

[112] Art. L. 541-1 C. mon. fin.

[113] F. STASIAK, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*,, p. 159.

que la juridiction ayant prononcé la condamnation entraînant l'interdiction peut en réduire la durée. La similitude rédactionnelle que cet article partage avec l'ancien article L. 128-1 du Code commerce aurait pu laisser présager une possible abrogation. Il n'en fut rien puisqu'encore récemment le législateur a modifié le texte début 2017 en conservant son caractère automatique. La disposition n'a, pour l'heure, fait l'objet d'aucune question prioritaire de constitutionnalité. Bien qu'issue d'une ordonnance, celle-ci a depuis été ratifiée par la loi n° 2006-387 du 31 mars 2006 [114] et a donc acquis valeur législative, soumise dès lors au contrôle du Conseil constitutionnel [115]. On peut légitimement supposer qu'une future question prioritaire de constitutionnalité portant sur la conformité de l'article L. 500-1 à l'article 8 de la Déclaration de 1789 devrait aboutir à son abrogation. Il est intéressant de noter que l'article L. 500-1 est applicable même en cas de sursis, ce qui permet que la personne soit seulement privée de sa profession et non de sa liberté d'aller et venir. D'ailleurs, la doctrine en droit pénal économique accueille favorablement ce mécanisme, bien plus que l'ancien article L. 128-1 du Code de commerce qui ne pouvait s'appliquer qu'en cas de prison ferme[116].

La peine accessoire d'interdiction professionnelle est également présente en ce qui concerne l'exercice d'activité d'entremise et de gestion des immeubles et fonds de commerce au sein de l'article 9 de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 dite « loi Hoguet ». Modifié depuis par la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006, le texte interdit automatiquement l'exercice desdites professions aux personnes condamnées d'une peine minimum de trois mois d'emprisonnement fermes faisant suite à la réalisation d'une des infractions énumérées dont bon nombre relèvent du droit pénal des affaires. Il s'agit là encore d'une véritable peine automatique, régulièrement dénoncée par la doctrine[117]. Dans le même sens, l'article 459 §4 du Code des douanes institue une peine d'interdiction professionnelle en ce qui concerne les agents de change. Cette peine est automatique dans la mesure où cette interdiction est encourue par toutes les personnes condamnées pour infractions à la législation et à la réglementation relatives aux relations financières avec l'étranger. Une disposition similaire se retrouve également dans le Code des assurances à l'article L. 322-2, I, qui interdit automatiquement toute direction d'une entreprise d'assurances par une personne condamnée pour un crime ou certains délits. Enfin, il est possible

---

[114] Art. 26 L. n° 2006-387 du 31 mars 2006 relative aux offres publiques d'acquisition, JORF p. 4882.

[115] C. CASTAING, « La ratification implicite des ordonnances de codification. Haro sur « La grande illusion » », *RFDC* 2004/2, p. 279.

[116] G. ROYER, *L'efficience en droit pénal économique*, *op. cit.*, n° 129, p. 147.

[117] H. MATSOPOULOU, « Le nouveau régime des incapacités commerciales », *art. préc.*, p. 8.

de relever une interdiction accessoire d'exercer les professions d'agents d'affaires, de conseiller fiscal, d'expert ou de comptable. Cette interdiction est prévue à l'article 1775 al. 1er du Code général des impôts et fait suite à une condamnation sur la base de l'article 1772 §1 1° du même code concernant la tenue de faux documents. Même si le dessein poursuivi par ses interdictions est nécessaire, c'est-à-dire la neutralisation d'un délinquant économique du domaine financier, force est de constater qu'elles sont contraires au principe de nécessité tel qu'édicté à l'article 8 de la Déclaration de 1789. Elles sont contraires à ce principe en qu'elles sont automatiques et ne prennent pas en compte les spécificités de l'espèce. En outre, celles-ci s'appliquent le plus souvent après une condamnation à un emprisonnement ferme, ce qui ne peut être approuvé. Les interdictions professionnelles ont vocation à mettre de côté la privation d'aller et venir, souvent jugée inadaptée en matière économique. Dans ces conditions, il est préférable de recourir à des interdictions ayant la nature de peine complémentaire et alternative. Pourtant, et de façon étonnante, une certaine résurgence de l'automaticité de la peine d'interdiction professionnelle peut être relevée en droit positif.

197. Le retour de l'automaticité de la peine d'interdiction professionnelle au sein du Code pénal. De manière inattendue, la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 est venue instaurer une nouvelle peine complémentaire obligatoire d'inéligibilité en matière d'atteintes à la probité. Désormais, l'inéligibilité prévue à l'article 131-26, 2° du Code pénal ainsi que celle de l'article 131-26-1 concernant les élus publics et membres du gouvernement, doit être prononcée automatiquement à l'encontre de toute personne coupable de concussion, de corruption, de trafic d'influence, de prise illégale d'intérêt, de pantouflage ou de détournement de biens publics[118]. D'un point de vue répressif, cette disposition doit être saluée dans la mesure où ces infractions impliquent bien souvent un élu qui abuse de ses fonctions. Aussi, la peine d'inéligibilité répond assurément à la fonction de neutralisation de la peine, qui justifie le recours au droit pénal. Néanmoins, cette peine revêt une automaticité, incompatible avec le principe de personnalisation, issu du principe de nécessité. Ce risque d'inconstitutionnalité a été assumé par le législateur qui a présenté le texte tel quel au Conseil constitutionnel, qui dans sa décision du 8 décembre 2016, n'a étonnement rien trouvé à redire à la disposition[119]. Le fait que les Sages ne se soient pas expressément prononcés sur cette peine peut laisser planer le

[118] M. SEGONDS, « Les apports de la loi du 9 décembre 2016 à l'anticorruption », *art. préc.*, n° 14.

[119] Cons. const., 8 déc. 2016, n° 2016-741 DC.

doute sur sa conformité avec la Constitution. Il convient tout de même de nuancer (certes légèrement) cette automaticité en ce que la juridiction peut, par décision spécialement motivée, ne pas prononcer cette peine en considération des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur.

En outre, la loi du 9 décembre 2016 avait prévu en son article 19 une interdiction automatique, pour toute personne condamnée à une infraction au devoir de probité, d'être candidat à l'élection des députés. Plus spécialement, était interdite de se présenter à l'élection des députés toute personne ayant une condamnation pour manquement au devoir de probité inscrite au bulletin n° 2 de son casier judicaire. Malheureusement, d'un point de vue répressif, le Conseil constitutionnel a écarté cette disposition car celle-ci devait s'inscrire dans une loi organique, une loi ordinaire étant insuffisante. Pour un auteur, cette interdiction est fortement nécessaire et ne peut souffrir d'inconstitutionnalité pour atteinte au principe d'individualisation en raison des prérogatives conférées au juge pénal en faveur de l'effacement des mentions portées au casier judiciaire[120]. Il est tout de même possible de relever que dans ces conditions, l'interdiction constitue la règle et non l'exception, le caractère automatique de celle-ci n'étant pas loin.

A côté de ces interdictions totales en qu'elles excluent le condamné de tout un domaine de la matière économique, il convient de noter que le législateur a prévu plusieurs sanctions permettant de mettre à l'écart le délinquant financier de manière partielle, en le privant de la réalisation de certaines activités.

§2 - L'ELIMINATION PARTIELLE DES ACTIVITES ECONOMIQUES

198. Une mise à l'écart circonscrite du délinquant. Plus nuancées que les exclusions totales vues précédemment, certaines peines permettent d'exclure partiellement le délinquant de la sphère économique. Ces sanctions ne présentent pas forcément un caractère plus favorable pour le condamné puisque plusieurs peuvent mener, à terme, à la mort économique de la personne visée. Parmi cette typologie de peines, il est possible de relever,

[120] M. SEGONDS, « Les apports de la loi du 9 décembre 2016 à l'anticorruption », *art. préc.*, n° 15.

d'une part, celles qui permettent une exclusion limitée à certains domaines de la vie économique (A) et, d'autre part, celles qui réalisent une neutralisation du condamné en lui interdisant de réaliser certaines opérations (B).

A - L'exclusion par l'élimination de certaines activités économiques

199. L'interdiction de conclure certains marchés. Selon l'article 131-34 du Code pénal, la peine d'exclusion des marchés publics consiste à interdire de participer, directement ou indirectement, à tout marché conclu par l'Etat et ses établissements publics, les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics, ainsi que par les entreprises concédées ou contrôlées par l'Etat ou par les collectivités territoriales ou leurs groupements. Cette peine, prévue tant pour les personnes physiques[121] que pour les personnes morales[122], vise à éloigner le délinquant d'un certain domaine de la sphère économique en l'empêchant de conclure un certain type de marché. Il est évident que cette peine présente une grande sévérité pour les sociétés spécialisées dans les travaux publics, ce qui fait dire à un auteur qu'elle équivaut à une véritable dissolution[123]. Concernant ses modalités d'application, la peine d'exclusion des marchés publics est soit définitive, soit temporaire pour une durée de cinq ans pour les personnes morales. C'est ainsi, par exemple, qu'une société de travaux publics a été exclue des marchés publics pour une durée de deux ans suite à une condamnation pour recel de favoritisme[124]. Concernant les personnes physiques, le texte ne prévoit pas de durée maximum, ce qu'on peut légitimement regretter[125]. Il convient de souligner la force et le champ d'application étendu de cette peine qui vise non seulement le contractant lui-même mais également les éventuels sous-traitants par le biais de l'adverbe « indirectement ». L'exclusion des marchés publics est prévue pour la grande majorité des infractions d'affaires comme

[121] Art. 131-34 C. pén.

[122] Art. 131-39 5° C. pén.

[123] J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 456.

[124] Cass. crim., 22 oct. 2003, inédit, pourvoi n° 03-80.295.

[125] X. PIN, « Exclusion des marchés publics », *J.-Cl. Pénal*, fasc 20, avril 2008, n° 1.

l'escroquerie[126], l'abus de confiance[127] ou le blanchiment[128], mais également en dehors du Code pénal à l'encontre des personnes morales coupables de diffusion d'informations mensongères sur les marchés[129] ou de banqueroute tant, cette fois, pour les personnes physiques[130] que morales[131]. Notons enfin que le non-respect de l'exclusion des marchés publics constitue d'une part une infraction pénale[132] et entraînera d'autre part la nullité du contrat conclu sans capacité par le condamné. En ce qu'elle vise à « écarter les escrocs et autres délinquants astucieux de la passation de marchés où doit régner, en principe, la plus scrupuleuse honnêteté »[133], l'exclusion des marchés publics contribue pleinement à la fonction de neutralisation de la peine. Cette dernière permet d'exclure un agent économique déviant de tout un type d'activité économique et professionnelle sans pour autant entraîner une élimination totale, rendant le droit pénal nécessaire en matière économique. Ainsi, il est possible d'affirmer que l'exclusion des marchés publics participe au recours du droit pénal dans la vie des affaires, lequel propose également d'autres solutions pour exclure partiellement le délinquant.

200. L'élimination réelle d'un secteur d'activités. Comme le résume parfaitement un auteur, la fermeture d'établissement est « l'interdiction faite à une entreprise de poursuivre son activité dans un lieu qui a été le théâtre d'une infraction »[134]. Cette peine de fermeture d'établissement trouve ses origines au début du XIX^{e} siècle et a été largement consacrée par le Code de 1994 pour son efficacité reconnue. En effet, celle-ci s'avère être une peine redoutable dans le monde des affaires[135], notamment en ce qu'elle restreint l'activité professionnelle du condamné. Selon l'article 131-33 du Code pénal, la peine de fermeture d'établissement « emporte l'interdiction d'exercer dans celui-ci l'activité à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise ». Cette peine semble dès lors justifier pleinement l'intervention du

---

[126] Art. 313-8 C. pén. (personnes physiques) et 313-9 2° (personnes morales).

[127] Art. 314-10, 1° C. pén. (personnes physiques) et 314-12, 2°).

[128] Art. 324-9, 2° C. pén. (uniquement pour les personnes morales).

[129] Art. L. 443-3 C. com.

[130] Art. L. 654-5 C. com.

[131] Art. L. 654-7 C. com.

[132] Art. 434-41 C. pén. (personnes physiques) et 434-43 C. pén. (personnes morales).

[133] F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 828.

[134] X. PIN, « Fermeture d'établissement », *J.-Cl. Pénal*, fasc. 20, juill. 2008.

[135] W. JEANDIDIER, « *Présentation critique des sanctions de quelques infractions d'affaires* », in *Mélanges en l'honneur de Jean STOUFFLET, op. cit.*, p. 147.

droit pénal en matière économique en ciblant précisément l'établissement où l'infraction a été commise et en évitant une neutralisation totale. Les personnes morales sont également concernées en application de l'article 131-39, 4° du Code pénal qui précise que dans les cas prévus par la loi, elles peuvent se voir prononcer « la fermeture définitive ou pour une durée de cinq ans au plus des établissements ou de l'un ou de plusieurs des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés ». Il convient de souligner que le Code ne prévoit pas les modalités d'application de cette peine et que contrairement à l'article 131-33 ayant trait aux personnes physiques, le texte prévoit des durées de fermeture, à savoir cinq ans ou de manière définitive. Aussi, et malgré sa sévérité, les conditions de mise en œuvre sont particulièrement souples puisque le juge pourra prononcer la fermeture d'établissement à chaque fois qu'une infraction est commise au sein d'un établissement. Cette facilité dans le prononcé de la peine est en partie nuancée par le fait qu'elle est applicable dans relativement peu d'infractions d'affaires prévues par le Code pénal. C'est le cas en matière d'escroquerie[136], de corruption et de trafic d'influence[137] ou encore de blanchiment et de recel pour les personnes morales[138]. Dans le domaine financier, la peine de fermeture d'établissement est également possible à l'encontre des personnes morales en matière de diffusion d'informations mensongères sur les marchés[139] ou d'infractions sur les moyens de paiement[140]. On le voit, la fermeture d'établissement permet de restreindre l'activité économique du délinquant dans une sphère bien particulière, limitée à l'établissement délictueux.

Néanmoins, cette peine fait l'objet de nombreuses critiques. Pour un auteur[141], la fermeture d'établissement porte une certaine atteinte au principe de personnalisation des peines puisqu'elle frappe de nombreux tiers et pas seulement le délinquant, comme le propriétaire de bonne foi ou les salariés. Une autre critique fréquente tient au fait que la fermeture d'établissement est néfaste à l'économie en supprimant un acteur du marché. Ceci explique sans doute la méfiance du législateur qui la limite aux infractions les plus graves et qui ne prévoit pas la possibilité de la prononcer en tant que peine alternative à la place de l'emprisonnement. Même si elle doit rester exceptionnelle en raison des conséquences qu'elle peut engendrer, force

---

[136] Art. 313-7, 3° C. pén. pour les personnes physiques et art. 313-9, 2° C. pén. pour les personnes morales.

[137] Art. 433-25, 2° C. pén.

[138] Respectivement art. 324-9, 2° et art. 321-12, 3° C. pén.

[139] Art. L. 433-3 C. com.

[140] Art. L. 163-10-1 C. mon. fin.

[141] P. LEVEL, « De quelques atteintes au principe de personnalité des peines », *JCP G* 1960, I, 1583.

est de constater que la peine de fermeture d'établissement permet de restreindre fortement l'activité économique du délinquant sans l'exclure totalement de la sphère financière ou sociale. Cet objectif de restriction de l'activité économique sans écarter totalement le délinquant peut également être atteint en limitant la réalisation d'opérations financières.

B - L'exclusion indirecte par l'entrave à la réalisation d'opérations financières

201. L'entrave à l'utilisation des moyens de paiement. Deux peines permettent de contrarier les dépenses d'un agent économique déviant. D'une part, l'article 131-19 du Code pénal prévoit l'interdiction d'émettre des chèques tandis que l'article 131-20 du même code pose l'interdiction d'utiliser une carte de paiement. Ces deux peines obligent le condamné à restituer au banquier les moyens de paiement concernés. A propos des personnes morales, la peine d'interdiction d'utiliser des chèques ou une carte de paiement est prévue à l'article 131-39, 7° du Code pénal. Selon un auteur, cette peine équivaut à une mort financière[142] ce qu'il convient tout de suite de nuancer car la personne dispose toujours d'autres moyens de paiement. Même si l'interdiction d'utiliser des chèques ou d'utiliser une carte de paiement est assurément contrariante pour le délinquant économique, ce dernier a toujours la possibilité de payer par d'autres moyens comme par virement ou en espèces. Néanmoins, on ne peut contester que cette peine participe à la fonction de neutralisation, cette dernière restreignant les dépenses de l'agent économique. Cette restriction a pour effet d'empêcher certaines activités économiques desquelles peuvent résulter des infractions. Le lien entre la fonction de neutralisation et la peine d'interdiction d'émettre des chèques ou d'utiliser une carte de paiement est illustré par l'article 131-6, 9° du Code pénal, qui permet qu'elle soit prononcée à la place de l'emprisonnement. Dès lors, au lieu de recourir à une exclusion totale du condamné de la société, il est parfois préférable d'user de cette peine dont la neutralisation est cantonnée à certaines activités.

Malgré ces aspects, la place de la peine d'interdiction d'user des moyens de paiement n'est pas exempte de toute critique. En effet, on se rend compte que l'interdiction d'émettre des chèques est beaucoup plus présente que celle d'utiliser une carte bancaire. Ainsi, la peine complémentaire d'interdiction d'utiliser la carte bancaire n'est prévue qu'en matière

[142] W. JEANDIDIER, « Présentation critique des sanctions de quelques infractions d'affaires », in *Mélanges en l'honneur de Jean STOUFFLET, op. cit.,* p. 149.

de blanchiment pour les personnes physiques[143]. Pour les personnes morales, elle est bien plus présente et se retrouve notamment en matière d'escroquerie[144], de pratiques commerciales trompeuses[145] ou de blanchiment[146]. A l'inverse, l'interdiction d'émettre des chèques est largement prévue et concerne de nombreuses infractions. Ce déséquilibre textuel en faveur du chèque doit être regretté dans la mesure où la carte bancaire est davantage utilisée en pratique. Cette situation entraîne des hypothèses illogiques où des infractions peuvent être réalisées avec l'utilisation d'une carte bancaire mais pour lesquelles le juge ne peut pas prononcer la peine complémentaire d'interdiction d'user de ce moyen de paiement. C'est le cas notamment de l'escroquerie liée à l'utilisation de la carte bancaire, phénomène de plus en plus courant[147]. Bien que nécessaire, cette peine gagnerait à s'étendre davantage en matière d'interdiction de l'utilisation de la carte bancaire, ce qui légitimerait d'autant plus le recours au droit pénal dans le domaine économique.

202. L'entrave au financement de l'entreprise. Pour s'implanter sur un marché, une entreprise a fréquemment besoin d'un financement extérieur, qui représente parfois la condition essentielle de son existence. Ainsi, interdire un soutien financier à une société limitera assurément les activités de cette dernière, voire entraînera sa disparition. Autrefois sous le terme d'appel public à l'épargne[148], l'article 131-39, 6° du Code pénal prévoit l'interdiction pour les personnes morales de procéder à une offre au public de titres financiers ou de faire admettre ses titres financiers aux négociations sur un marché réglementé. Plus précisément, l'article 131-47 du même code affirme qu'il s'agit d'interdire, pour le placement de titres quels qu'ils soient, d'avoir recours tant à des établissements de crédit, des établissements financiers ou des sociétés de bourse qu'à des procédés quelconques de publicité. La notion d'offre au public de titres financiers regroupe deux comportements, à savoir d'une part une communication adressée sous quelque forme et par quelque moyen que ce soit à des personnes et présentant une information suffisante sur les conditions de l'offre et sur les titres à offrir, de manière à mettre un investisseur

[143] Art. 324-7, 3°, C. pén.

[144] Art. 313-19 C. pén.

[145] Art. L. 121-6 et L. 213-6 C. conso.

[146] Art. 324-9 C. pén.

[147] Cass. crim., 30 avril 2014, *Bull. crim.* n° 119, CA Toulouse, 15 nov. 2001, *Gaz. Pal*. 2002, II, somm. p. 1161, obs. A. BLANCHOT.

[148] Jusqu'à l'ordonnance n° 2009-80 du 22 janv. 2009 relative à l'appel public à l'épargne et portant diverses dispositions en matière financière.

en mesure de décider d'acheter ou de souscrire ces titres financiers et d'autre part un placement de titres financiers par des intermédiaires financiers[149]. Le caractère neutralisant d'une telle peine est ici évident dans la mesure où une personne morale se voit exclue d'un certain pan du marché. Pour un auteur, cette peine peut même avoir une fonction éliminatrice puisqu'elle peut mettre en péril la vie d'une société voire conduire à sa dissolution[150]. Concernant son champ d'application, la peine d'interdiction d'offre au public de titres financiers ou de faire admettre ses titres financiers aux négociations sur un marché réglementé se retrouve fréquemment en matière économique. Elle est prévue pour de nombreuses infractions d'affaires comme le blanchiment[151], en matière de facturation non conforme[152] et de délit d'initié[153]. Mais, et il est légitime de le regretter, elle ne l'est pas spécialement en matière d'infractions au financement des sociétés. Ainsi, les articles L. 242-1 et suivants du Code de commerce concernant les sociétés anonymes ne prévoient pas cette peine complémentaire, ce qu'on ne peut que déplorer. Néanmoins, cette peine est assurément nécessaire en droit pénal des affaires, le droit pénal permettant ici une neutralisation circonscrite du délinquant économique.

203. L'entrave par la publicité négative du condamné. La réputation, l'image de marque, est un élément important du marché permettant de capter la clientèle et de la fidéliser. Porter atteinte à la réputation d'un acteur économique revient à lui infliger une publicité négative ayant de graves conséquences patrimoniales notamment en cas de perte de clientèle[154] ou de partenaires[155]. Ce but est atteint par la peine d'affichage ou de diffusion de la condamnation, sanction excluant partiellement le condamné d'éventuelles transactions futures. Prévue tant pour les personnes physiques que morales[156], cette peine permet à la juridiction d'ordonner l'affichage de la décision de condamnation soit sa diffusion par la presse écrite ou par tout moyen de communication au public par voie électronique selon les modalités de

[149] Art. L. 411-1 C. mon. fin.

[150] J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 457.

[151] Art. 324-9 2° C. pén.

[152] Art. L. 441-5 C. com.

[153] Art. L. 465-3-5 C. mon. fin.

[154] M. BOIZARD, « Les sanctions pénales applicables aux personnes morales, amende, confiscation, affichage ou communication de la décision », *Rev. sociétés*, 1993, p. 330.

[155] W. JEANDIDIER, « *Présentation critique des sanctions de quelques infractions d'affaires* », in *Mélanges en l'honneur de Jean STOUFFLET*, *op. cit.*, p. 150.

[156] Art. 131-39, 9° C. pén.

l'article 131-35 du Code pénal. Puisqu'elle est parfaitement adaptée aux personnes morales et notamment aux sociétés commerciales, elle est prévue dans bon nombre de cas comme en matière d'abus de confiance[157], de délit d'initié[158] ou de banqueroute[159]. On notera tout de même que contrairement aux personnes physiques, les personnes morales ne peuvent se voir prononcer que l'affiche ou la diffusion, le cumul des deux étant interdit[160]. Le domaine d'application de la sanction est particulièrement large puisque l'affichage peut être prévu pour une durée maximum de deux mois et la diffusion être opérée dans n'importe quel média.

Ainsi, il apparaît que le droit pénal a su parfaitement se rendre nécessaire dans la matière économique en proposant de nombreuses peines qui participent à la fonction de neutralisation. Mais l'aspect neutralisant du droit pénal n'est pas la seule raison de son recours par le législateur. Les fonctions de dissuasion et de rétribution font elles aussi l'objet d'une attention particulière.

[157] Art. 314-12 C. pén.

[158] Art. L. 465-3 C. mon. fin.

[159] Art. L. 654-7 C. com.

[160] Cass. crim., 24 mai 2016, inédit, pourvoi n° 15-81.886.

CHAPITRE 2

LES FONCTIONS DE DISSUASION ET DE RETRIBUTION DE LA PEINE : LA PRIVATION DE TOUT PROFIT

204. La nécessité de dissuader et de punir le délinquant d'affaires. Autres fonctions traditionnelles de la peine, la dissuasion et la rétribution sont deux objectifs particulièrement essentiels en droit pénal des affaires. La rétribution est considérée comme l'une des plus anciennes fonctions de la peine, celle-ci visant à faire payer le prix du méfait au délinquant [1]. La dissuasion, bien plus difficile à appréhender, est d'une importance fondamentale en ce qu'elle empêche la commission de l'infraction ou sa réitération. Elle est par ailleurs une fonction typique du droit pénal[2], justifiant totalement son intervention. En outre, il est de coutume d'affirmer qu'un bon système pénal est celui qui permet la plus grande dissuasion en ce qu'il n'a pas besoin de prononcer de peines[3]. L'intimidation de la peine est fortement reprise par BECCARIA pour qui « le but des châtiments ne peut être […] que d'empêcher le coupable de causer de nouveaux dommages à ses concitoyens et de dissuader les autres d'en commettre de semblables »[4]. Réunir ces deux fonctions de la peine, a priori en contradiction puisque l'une vise à prévenir et l'autre à punir *stricto sensu*, trouve tout son sens au prisme du principe de nécessité. Outre la justification de l'intervention du droit pénal dans la vie des affaires par ses deux fonctions, la dissuasion et la rétribution sont intimement liées et

---

[1] M. VAN DE KERCHOVE, « Les fonctions de la sanction pénale. Entre droit et philosophie », *art. préc.*, p. 25.

[2] R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, T. 3, *op. cit.*, n° 735, p. 589.

[3] B. BOULOC, « La place du droit pénal dans le droit des sociétés », in *La place du droit pénal dans la société contemporaine*, *op. cit.*, p. 17.

[4] C. BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, *op. cit.*, ch. XXII, p. 87.

concourent pleinement à la peine nécessaire. En ce sens, BENTHAM affirmait en 1175 dans sa *Théorie des peines criminelles* que la peine utile est celle qui permet de retirer tout profit au délinquant, l'empêchant par ailleurs de commettre le délit[5]. Pour cet auteur, ainsi que pour BECCARIA, le délinquant est mû par une volonté de profit, ce dernier réalise un calcul avantage-coût avant tout commission de l'infraction. Cette théorie trouve bien évidemment tout son sens en droit pénal des affaires où la délinquance est particulièrement astucieuse et animé par l'esprit de lucre. Dans ces conditions, les fonctions de dissuasion et de rétribution sont directement liées à cette idée de profit qui anime l'auteur de l'infraction. Pour y parvenir, il conviendra de priver le délinquant d'affaires de tout produit possiblement issu du délit, ce qui a très vite été pris en compte par le législateur. Aussi, selon la jurisprudence européenne, la fonction de dissuasion de la peine est directement issue du principe de proportionnalité[6]. En effet, dans de nombreuses décisions, la Cour de justice de l'Union européenne a eu l'occasion de rappeler que les sanctions doivent répondre au triple objectif de proportionnalité, d'efficacité et de dissuasion[7]. Par ailleurs, le Tribunal de première instance de l'Union européenne a eu l'occasion de longuement se pencher sur la fonction de dissuasion de la peine d'amende en matière de concurrence[8].

205. L'universalité de la peine pécuniaire. Notons dès à présent que la sanction pécuniaire n'est pas l'apanage de la justice pénale puisque les autorités de régulation, notamment, disposent elles aussi du pouvoir de les prononcer. A titre d'exemple, l'Autorité des marchés financiers peut recourir à la sanction pécuniaire en application de l'article L. 621-15 du Code monétaire et financier ainsi que l'Autorité de la concurrence conformément à l'article L. 464-1 du Code de commerce. Néanmoins, la peine d'amende pénale présente de nombreux avantages qui lui sont propres et peut être associée à d'autres peines dont ne dispose pas la répression administrative. Aussi, le droit pénal est nécessaire dans la matière économique en ce qu'il peut permettre une privation de profit du délinquant, par le biais de plusieurs peines.

Pour enlever toute envie délictuelle au délinquant financier ou, le cas échéant, le punir, il convient d'exclure toute possibilité de profit. Cette exclusion du profit prend

---

[5] X. TABET, « Beccaria, la peine de mort et la Révolution française », *Laboratoire italien. Politique et société*, ENS éditions, 2010, pp.51-79.

[6] E. BONIS-GRACON et V. PELTIER, *Droit de la peine*, *op. cit.*, n° 307, p. 145.

[7] CJCE, 21 sept. 1989, aff. 68/88, *Commission c./ Grèce* ; CJUE, 26 févr. 2013, n° C-617-10.

[8] TPICE, 30 avr. 2009, T-13/03, *Nintendo Co., Ltd, Nintendo of Europe GmbH c./ Commission.*

traditionnellement deux formes. Dans un premier temps, il est possible de condamner l'auteur de l'infraction à payer à la société un montant pécuniaire, à lui « faire payer son crime ». Cette hypothèse a très vite été adoptée par les différentes législations au point que l'amende soit aujourd'hui une sanction universelle, bien que perfectible (Section 1). Mais au-delà de cette rétribution en valeur, une rétribution en nature est possible. Très ancienne, la peine de confiscation est une peine affectant également le patrimoine du condamné, empêchant que l'infraction ne devienne une source de revenus (Section 2).

SECTION 1

L'INSUFFISANTE DISSUASION DE LA PEINE D'AMENDE

206. L'intérêt de la peine frappant la poche. Alors que la délinquance d'affaires est animée par un *animus cupidi*, il ne fait aucun doute de l'importance de la sanction monétaire, présentée comme la reine des sanctions. En ce sens, la doctrine est unanime sur son aspect dissuasif en la matière[9]. Même si cette sanction n'est pas l'apanage de la justice pénale contrairement à la privation de liberté, l'amende est une peine traditionnelle et forme avec l'emprisonnement la catégorie des peines principales. En ce sens, lorsqu'il est jugé nécessaire de recourir au droit pénal, c'est notamment en raison de la présence de la peine d'amende au sein de son arsenal répressif. L'intérêt de la sanction pécuniaire n'est pas à démontrer lorsqu'il s'agit de réprimer un comportement motivé par l'esprit de lucre. Le délinquant financier, lorsqu'il s'apprête à violer la loi pénale, effectue un calcul avantages-coûts, déjà théorisé par MONTESQUIEU[10] puis repris par BENTHAM au début du XIX^{e} siècle. Cette théorie, fortement associée au principe de nécessité, recommande à la peine de ne laisser subsister aucun profit à l'auteur de l'infraction. En outre, la peine d'amende présente l'avantage d'être rentable pour l'Etat, au contraire d'autres sanctions.

---

[9] F. STASIAK et G. ROYER, « Pour une efficacité optimale de l'amende pénale, in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale Opinio Doctorum*, *op. cit.,* p. 290.

[10] Pour qui « les hommes peuvent faire des injustices, parce qu'ils ont intérêt de les commettre, et qu'ils préfèrent leur propre satisfaction à celles des autres […]. Nul n'est mauvais gratuitement ; il faut qu'il y ait une raison qui détermine, et cette raison est toujours une raison d'intérêt » (*Lettres persanes*, LXXXIII).

Parce qu'elle frappe directement la poche du délinquant, la peine d'amende apparaît nécessaire lorsque l'on décide de faire intervenir le droit pénal pour sanctionner un comportement répréhensible. Toutefois, la peine d'amende est une sanction ancienne, trouvant ses fondements dans les prémisses de la répression, dont la forme et les modalités n'ont guère évolué au contraire d'une délinquance économique toujours plus astucieuse et dont le montant des profits illicites ne cesse d'augmenter. Dans ces conditions, il est nécessaire de repenser la sanction pécuniaire. Traditionnellement appréhendée sous la forme d'un montant monétaire fixe et maximum, cette peine d'amende présente de nombreux inconvénients en matière économique et financière (§1). C'est pour cette raison que la sanction pécuniaire qui semble d'une absolue nécessité en la matière doit être d'un montant variable, pour coller au mieux au profit réalisé par le délinquant et ainsi le priver de tout bénéfice (§2).

§1 - LA NECESSITE RELATIVE DE LA PEINE D'AMENDE A MONTANT FIXE

207. L'inadaptation de l'amende fixe. La peine d'amende à quantum fixe est la forme la plus répandue et la plus traditionnelle de la sanction monétaire. Principe de légalité oblige, le montant de la peine doit être précisément et clairement établi au sein de la législation. Néanmoins, cette sanction ancienne n'apparaît plus absolument nécessaire lorsqu'il s'agit de punir une infraction ayant procuré au délinquant un profit dépassant le quantum prévu. C'est pourquoi la peine d'amende à montant fixe présente de nombreuses limites en matière économique (A), ce que le principe de nécessité a tenté de combler en prescrivant la prise en compte du caractère financier de certaines infractions (B) tout en maintenant un quantum monétaire maximum et fixe.

A - Les limites du maximum légal fixe en matière économique

208. Le caractère artificiel de la fixation du montant maximum de la peine d'amende. Il convient de relever dans un premier temps que le nouveau Code pénal a rompu avec la tradition des peines d'amende minimum connues sous le Code pénal de 1810. Désormais, le législateur s'attache à fixer un montant maximal, faisant office de limite au juge

dans le prononcé de la peine. Concernant la fixation de ce montant pécuniaire, Monsieur le Professeur Wilfrid JEANDIDIER souligne que le Code pénal de 1994 a instauré une sorte de table de concordance entre la peine d'amende et le quantum de l'emprisonnement[11]. Ainsi, une année de prison correspond à 15 000 euros d'amende, dont le vol simple est le parfait exemple en étant puni d'un emprisonnement de trois ans et de 45 000 euros d'amende[12] ou le chantage avec cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende[13]. Mais ce critère de fixation est particulièrement artificiel, l'amende ne prenant nullement en compte la spécificité de l'infraction. Dès lors, de nombreuses critiques se sont élevées de la part de la doctrine faisant même dire à un auteur que « le choix d'une correspondance entre l'emprisonnement et l'amende était, sur la plan de la politique pénale, une attitude grotesque »[14]. Néanmoins, cette corrélation entre l'emprisonnement et le montant de l'amende souffre de nombreuses exceptions, le législateur n'hésitant pas à y déroger à plusieurs reprises. Aussi, ce manque de respect strict de la concordance légale des quanta illustre son caractère purement artificiel, voire stylistique et surtout son inadéquation intrinsèque aux infractions économiques[15].

209. L'amende : peine principale concernant les personnes morales. Responsables pénalement de manière générale depuis 2004, les personnes morales encourent systématiquement la peine d'amende, constituant ainsi la peine de référence en la matière. Celle-ci est toujours encourue sans que les textes n'aient besoin de le spécifier. Fixer la peine d'amende comme peine de référence pour les personnes morales est conforme au principe de nécessité. Celles-ci disposant d'un patrimoine propre par hypothèse plus conséquent que les personnes physiques et étant créées pour des considérations mercantiles, il était logique de privilégier la sanction pécuniaire. Concernant la fixation du montant, il eut été possible pour le législateur de prévoir infraction par infraction quel était le *quantum* de l'amende, mais une méthode bien plus simple fut choisie. Ainsi, l'article 131-38 du Code pénal prévoit que « le taux maximum de l'amende applicable aux personnes morales est égal au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques par la loi qui réprime l'infraction ». En d'autres termes, dès

---

[11] W. JEANDIDIER, « *Présentation critique des sanctions de quelques infractions d'affaires* », in *Mélanges en l'honneur de Jean STOUFFLET, op. cit.*, n° 11, p. 141.

[12] Art. 311-3 C. pén.

[13] Art. 312-10 C. pén.

[14] M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. « Précis », 5e éd., 2006, n° 31.

[15] M. SEGONDS, « Commentaire de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière », *art. préc.*, n° 11.

que l'infraction punit les personnes physiques d'une peine d'amende, un simple calcul permet de déterminer le montant applicable aux personnes morales. A noter que la Chambre criminelle de la Cour de cassation fut saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la conformité de l'article 131-38 précité au principe de nécessité des peines[16]. La requérante soulevait le caractère « général, automatique et significatif » de la peine d'amende appliquée aux personnes morales, celle-ci étant « multipliée par cinq, sans égards d'ailleurs pour la situation de fortune de la personne morale ». Pour les juges, la question posée ne peut donner lieu à renvoi dans la mesure où la différence de traitement se justifie par une « différence de situation existant entre les personnes morales et les personnes physiques » et la volonté d'une répression effective de la part du législateur. En outre, il est rappelé que le taux de l'amende varie selon les infractions et que le juge est toujours tenu d'individualiser la peine en tenant compte des ressources et des charges de l'auteur de l'infraction.

Ce système de fixation de l'amende permet d'aboutir à des taux particulièrement élevés qui peuvent s'avérer parfaitement dissuasifs. Par exemple, une personne morale pourra encourir 1 875 000 euros d'amende en matière de blanchiment et même 5 000 000 d'euros en matière de corruption. Même s'il ne s'agit que de maxima, certaines voix se sont élevées pour dénoncer l'importance des montants atteints et le fait que ceux-ci s'appliquent à toutes les personnes morales sans tenir compte de leur forme juridique[17]. A noter enfin que l'article L. 465-3-5 du Code monétaire et financier prévoit que la multiplication au quintuple concernant les abus de marché ne s'applique qu'à l'amende exprimée en valeur absolue et non pas à l'avantage retiré de l'infraction.

Si ces critiques sont aisément contrées par le principe de personnalisation, elles le sont également par le principe de nécessité. En effet, en fixant le taux de l'amende au quintuple, le législateur a pris en compte l'importante solvabilité de principe des sociétés et a posé une peine dissuasive qui permet de priver le délinquant du profit issu de l'infraction ou du moins de se rapprocher de son montant.

---

[16] Cass. crim., 19 avril 2017, inédit, pourvoi n° 17-90004.

[17] M. BOIZARD, « Les sanctions pénales applicables aux personnes morales, amende, confiscation, affichage ou communication de la décision », *art. préc.*, p. 330.

210. L'inadaptation d'un montant fixe à la délinquance d'affaires. Outre ses critiques envers le tableau de correspondance initié par le législateur en 1994[18], la doctrine se montre particulièrement hostile envers le quantum fixe de la peine d'amende, intrinsèquement inadapté aux infractions économiques[19] et qui s'avère bien souvent insuffisant[20]. En fixant un montant maximum de l'amende, le législateur ne peut pas prendre parfaitement en compte de profit réalisé par le délinquant. Quand bien même le juge serait amené à prononcer une amende élevée, l'auteur d'une infraction fort profitable resterait susceptible d'obtenir un produit issu de son méfait, correspondant au solde restant, déduction faite de l'amende. Dans ces conditions, la peine d'amende à montant fixe est certes une peine nécessaire mais insuffisante en droit pénal des affaires. Aussi, pour légitimer son intervention dans la sphère économique, le droit pénal se doit de prendre en compte les spécificités de la délinquance en col blanc, même s'il décide de maintenir un quantum fixe.

B - La volonté dissuasive de l'amende à montant fixe en matière financière

211. L'instauration de quanta spéciaux en droit pénal économique. Le seul moyen de prendre en compte l'impact économique des infractions d'affaires, tout en restant limité par un taux fixe, est d'élever le maximum encouru. C'est pourquoi de nombreuses infractions du Livre troisième[21] et du Livre quatrième[22] du Code pénal voient leurs maxima de l'amende relevés en ne respectant pas la correspondance évoquée précédemment. A titre d'exemple, l'abus de confiance est puni d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende [23] . Cette augmentation de la sanction monétaire pour ces comportements démontre la nécessité d'adapter cette peine en matière économique et de se détacher de la correspondance légale établie entre la durée de l'emprisonnement et le montant

---

[18] F. STASIAK, G. ROYER, « Pour une efficacité optimale de l'amende pénale, in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale Opinio Doctorum*, *op. cit.*, p. 289, spéc. p. 292.

[19] M. SEGONDS, « Commentaire de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière », *art. préc.*, n°11.

[20] W. JEANDIDIER, « *Présentation critique des sanctions de quelques infractions d'affaires* », in *Mélanges en l'honneur de Jean STOUFFLET*, *op. cit.*, n° 10, p. 140.

[21] Relatif aux crimes et délits contre les biens.

[22] Relatif aux crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique.

[23] Art. 314-1 C. pén.

de l'amende. En ce sens, un auteur souligne à juste titre que la correspondance est abandonnée « au profit d'une valorisation de l'amende, ce qui permet de réorienter la sanction pénale […] vers une cible efficace, le patrimoine »[24]. Cependant, même si les quanta sont largement augmentés, ces derniers n'en constituent pas moins des maxima que le juge pénal peut aisément réduire. Sur ce point, la réception par les juges du rehaussement des quanta est plutôt décevante. Il ressort des statistiques des condamnations que les montants des amendes sont relativement peu élevés en matière financière. Ainsi, il y a quelques années, les atteintes à la probité étaient punies en moyenne par une amende de 2 934 euros lorsqu'elle était prononcée seule ou à 7 694 euros si elle était associée à un emprisonnement. Cette modicité de l'amende se retrouve également en matière d'infractions à la législation sur les sociétés avec un montant moyen de 3 855 euros ou 13 213 euros selon que l'amende était ou non associée à un emprisonnement[25]. On peut regretter que ces quanta soient bien loin des maxima prévus par les textes répressifs, illustrant parfaitement l'insuffisance de l'amende à montant fixe. Néanmoins, le législateur a poursuivi dans cette voie en droit pénal des affaires.

212. L'aggravation constante des quanta de l'amende. Le rehaussement des quanta s'est poursuivi récemment, le législateur prenant conscience que ceux-ci n'étaient pas adaptés à la réalité économique de certaines infractions. Ainsi, en matière d'atteintes à la probité, les lois du 11 octobre et du 6 décembre 2013 ont opéré un fort rehaussement des quanta des peines d'amende, multipliant presque par 7 les montants antérieurs. Plus précisément, l'amende est passée de 75 000 euros à 500 000 euros en ce qui concerne la prise illégale d'intérêts, la concussion ou la corruption internationale et de 150 000 euros à un million d'euros en matière de corruption nationale, de détournement de biens ou de trafic d'influence et enfin de 30 000 euros à 200 000 euros en matière de pantouflage. On pourra toutefois regretter avec un auteur le manque de clarté et de logique dans le choix du coefficient multiplicateur retenu par le législateur lors de cette phase d'aggravation[26]. Cependant, il faut se satisfaire de l'augmentation des quanta de l'amende en matière d'atteintes à la probité dont l'impact

[24] N. CATELAN, « Lutte contre la délinquance économique », *RSC* 2014, p. 393.

[25] D. DELABRUYERE, J. HERMILLY et N. RUELLAND, « La délinquance économique et financière sanctionnée par la justice », *art. préc.*

[26] M. SEGONDS, « Commentaire de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière », *art. préc.*, n° 11.

économique est indéniable[27]. Dans le domaine boursier, la loi n° 2016-819 du 21 juin 2016 a augmenté la peine d'amende applicable au délit d'initié, laquelle est passée de 150 000 euros ou 1 500 000 euros selon les personnes à 100 millions d'euros maximum[28]. Enfin, le quantum de l'amende en matière de fraude fiscale avait fait l'objet d'une aggravation par la loi n° 2012-354 du 14 mars 2012, passant de 500 000 euros à 750 000 euros avant de connaître une importante hausse en application de la loi du 6 décembre 2013. L'augmentation étant le fait de législations successives, on notera un important manque d'harmonie entre les sanctions, dénoncé par la doctrine. Le groupe de travail présidé par Monsieur Jean-Marie COULON a ainsi critiqué dans son rapport l'absence de cohérence des peines d'amende en matière de droit des sociétés[29]. A titre d'exemple, le délit de surévaluation frauduleuse des apports est puni d'une peine d'emprisonnement de cinq ans et de 375 000 euros d'amende au sein des SARL[30]. Concernant les SA, ce délit est également puni de cinq ans d'emprisonnement mais de seulement 9 000 euros d'amende[31], ce qui n'est pas sans poser des questions quant à la nécessité d'une de ces peines.

Outre l'absence de logique dans l'augmentation des maxima des peines d'amendes, une importante critique peut être formulée à l'égard des montants chiffrés fixes. Certes le relèvement du quantum engendre une dissuasion importante et permet d'augmenter le coût attaché à la violation de la norme, mais certaines infractions dégagent un bénéfice bien supérieur au montant fixe, même s'il est important. Dans ces conditions, l'amende qui semble nécessaire en droit pénal des affaires est celle qui colle au mieux au profit envisagé ou réalisé par le délinquant.

---

[27] F. STASIAK et G. ROYER, « Pour une efficacité optimale de l'amende pénale, in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale Opinio Doctorum*, *op. cit.*, p. 289, spéc. p. 292.

[28] J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Présentation succincte de la réforme du droit pénal financier », *art. préc.*, p. 424.

[29] *La dépénalisation de la vie des affaires*, dir. J-M. COULON, *op. cit.*, p. 53 et s.

[30] Art. L. 241-3 C. com.

[31] Art. L. 242-2 C. com.

§2 - LA NECESSITE ABSOLUE DE LA PEINE D'AMENDE A MONTANT VARIABLE

213. La fluctuation nécessaire du quantum de l'amende. Animé par l'esprit de lucre, le délinquant d'affaire opère bien souvent un calcul avantages-coûts lorsqu'il entend réaliser une infraction. En ce sens, la commission d'un délit n'aura d'intérêt que si elle procure un profit supérieur à la peine théoriquement encourue. Il apparaît dès lors que la peine d'amende fixe ne peut totalement répondre à cette criminalité dans la mesure où le montant encouru ne peut correspondre totalement au profit tiré de l'infraction. Dans ces conditions, il a été jugé nécessaire de recourir à un quantum d'amende variable, qui colle au mieux à la situation d'espèce. Notons que certaines dispositions prévoient une peine pécuniaire dont le montant est indexé sur un élément autre que le profit *stricto sensu*. Ainsi, l'article L. 442 du Code de commerce concernant la revente à perte prévoit que l'amende peut être « peut être portée à la moitié des dépenses de publicité ». Conformément au principe de nécessité, le législateur a eu le souhait d'intégrer une peine d'amende dont le quantum est lié au profit (A), mais également, et dans la lignée de la pensée de BECARRIA, à la difficulté de détection du comportement (B).

A - La proportionnalité du quantum liée au produit tiré de l'infraction

214. L'alignement de la peine au profit : application des théories de la nécessité et de l'utilité. Il est constant que la peine d'amende nécessaire est celle qui prive le délinquant de tout profit. Or, comme le profit dépend de nombreux facteurs, seule une peine d'amende variable peut parvenir à s'aligner en fonctions des faits d'espèce et donc être totalement nécessaire. Comme le rappelle Monsieur Guillaume ROYER, « contrairement à la sanction monétaire chiffrée qui reste abstraite, la sanction monétaire proportionnelle présente l'avantage de prendre en considération la réalité économique dans sa détermination »[32]. En d'autres termes, à un profit propre à l'espèce, il faut appliquer une peine d'amende propre à cette espèce. La difficulté première pour parvenir à établir une telle peine est d'appréhender la notion de profit. D'un point de vue économique, la notion de profit a été définie en jurisprudence comme

[32] G. ROYER, *L'efficience en droit pénal économique*, *op. cit.*, n° 183, p. 195.

« le revenu résiduel de la différence entre les dépenses […] et recettes obtenues : que cette recette doit avoir été réalisée, c'est-à-dire convertie en argent par une vente »[33]. Cette définition du profit réalisé avait notamment toute son importance en matière boursière où une discussion portait sur la nécessité d'un profit réalisé ou éventuellement réalisé. Cette distinction a été quelque peu mise à l'écart par la loi du 21 juin 2016 qui a remplacé le terme de profit par avantage retiré, lequel « pourrait consister non seulement en un profit, mais également en une perte évitée »[34]. La notion de profit peut se rencontrer dans un sens plus large et dénué de la technicité économique au sein du droit positif. En ce sens, l'article 321-3 du Code pénal prévoit que l'amende est proportionnée en matière de recel à la « valeur des biens recelés » et l'article 324-3 du même code punit le blanchiment d'une amende liée à la « valeur des biens ou des fonds sur lesquels porte l'opération de blanchiment ». On le voit, le législateur a répondu à la doctrine qui appelle fréquemment à prendre en compte le profit dans la détermination de l'amende[35]. Une autre difficulté réside dans la détermination du coefficient de la peine proportionnelle. Doit-elle priver le délinquant du strict profit ou le pénaliser davantage ?

215. Un quantum de peine inférieur au profit. Après avoir étudié la nécessité et l'importance de priver le délinquant de son profit illicite, il peut surprendre que le législateur puisse avoir recours à une amende inférieure à ce profit. Pourtant, le droit positif connaît des cas où le quantum est fixé à la moitié du profit tiré de l'infraction. L'infraction de recel par exemple, prévoit que « les peines d'amende prévues par les articles 321-1 et 321-2 peuvent être élevées au-delà de 375 000 euros jusqu'à la moitié de la valeur des biens recelés »[36]. L'article L. 441-4 du Code de commerce faisant référence à l'article L. 441-3 qui édicte l'obligation de dresser une facture en matière commerciale, dispose de son côté que « l'amende peut être portée à 50 % de la somme facturée ou de celle qui aurait dû être facturée ». De même, le délit de blanchiment est réprimé d'une peine d'amende dont le montant peut être porté « à la moitié de la valeur des biens ou des fonds sur lesquels ont porté les opérations de blanchiment »[37]. Les juges n'hésitent d'ailleurs pas à user de cette disposition car l'amende moyenne prononcée en

[33] T. corr. Paris, 3 déc. 1993, *Gaz. Pal*. 1994, I, p. 352, note J.-P. M.

[34] E. DEZEUZE, « La refonte de la répression des abus de marché », *JCP G* 2016, 846, p. 1451.

[35] F. STASIAK, « La réception et la cohérence des considérations économiques relatives à l'abus de biens sociaux », *art. préc.*, p. 41.

[36] Art. 321-2 C. pén.

[37] Art. 324-3 C. pén.

la matière dépassait 1,5 millions d'euros il y a quelques années[38]. Quand bien même cette solution peut être justifiée par une partie de la doctrine dans la mesure où des peines de confiscation sont prévues à côté de l'amende[39], la proportionnalité de moitié du quantum ne respecte pas strictement le principe de nécessité. La confiscation reste une peine complémentaire d'un rang inférieur par rapport à la peine d'amende, peine principale. Il semble bien plus dissuasif de placer un taux proportionné à la totalité du profit au sein des premiers articles concernant l'infraction. Intégrer un quantum correspondant à la moitié du profit ne répond pas aux exigences du principe de nécessité dans la mesure où le délinquant peut espérer, au pire, conserver la moitié de son méfait. Dans ces conditions, le montant nécessaire de l'amende doit permettre d'éviter tout profit à l'auteur de l'infraction.

216. Un quantum de peine supérieur au profit. Afin de dissuader au mieux le délinquant et de le priver d'un bénéfice pécuniaire, le principe de nécessité recommande de recourir à une amende dont le montant est supérieur au profit. Cette proportionnalité se retrouve couramment en droit positif, où le législateur a pris conscience de sa nécessité en prévoyant des taux divers. Tout d'abord, le montant de l'amende peut être porté au double du produit comme en matière d'infractions douanières et notamment de contrebande[40] et d'évitement du paiement de droits et de taxes[41]. Ce doublement du quantum de l'amende a également été utilisé par la loi du 11 octobre 2013 à propos du pantouflage[42] ou par la loi du 6 décembre 2013 en son article 6 qui prévoit l'insertion d'une proportionnalité pour de nombreuses infractions d'atteintes à la probité comme la concussion[43], la prise illégale d'intérêts[44], toutes les formes de corruption[45] ou le favoritisme[46]. En outre, le montant peut être bien plus important et être porté au décuple du profit. C'est le cas en matière boursière puisque l'article L. 465-1 du Code monétaire et financier punit le délit d'initié d'une amende qui peut être portée à dix fois le profit retiré par

---

[38] D. DELABRUYERE, J. HERMILLY et N. RUELLAND, « La délinquance économique et financière sanctionnée par la justice », *art. préc.*

[39] G. ROYER, *L'efficience en droit pénal économique*, *op. cit.*, n° 186, p. 198.

[40] Art. 414 C. douanes.

[41] Art. 411 C. douanes.

[42] Art. 432-13 C. pén.

[43] Art. 432-10 C. pén.

[44] Art. 432-12 C. pén.

[45] Art. 433-2, 434-9-1, 435-2, 435-4, 435-8, 435-10 et 445-1 et 445-2 C. pén.

[46] Art. 432-14 C. pén.

le délinquant. Cette proportionnalité du montant de l'amende est nécessaire pour contrer *l'animus cupudi* des délinquants d'affaires, ces derniers ne trouvant alors plus d'intérêt économique dans la réalisation de l'infraction. Il semble donc que le principe de nécessité guide le législateur à recourir davantage à cette variation du quantum en fonction de l'avantage réalisé par l'auteur de l'infraction. L'insertion d'une peine d'amende variable qui prive le délinquant de tout profit justifie pleinement l'intervention du droit pénal dans la vie des affaires.

217. Le quantum de l'amende administrative lié au chiffre d'affaires : recours fréquent en matière de concurrence. Indexer le montant de l'amende sur le chiffre d'affaires de la personne morale permet d'édicter une sanction dissuasive pour les entreprises engrangeant d'importants bénéfices, issus en partie de l'infraction. Ce mécanisme est habituellement utilisé en matière de concurrence[47], où les auteurs de pratiques anticoncurrentielles sont souvent de grandes firmes générant des chiffres d'affaires considérables. Il est évident que dans de telles conditions une amende à taux fixe n'aurait que peu d'impact. A ce titre, l'article L. 464-2 du Code de commerce prévoit qu'en cas de pratiques anticoncurrentielles, l'Autorité de la concurrence peut prononcer une amende dont le maximum peut atteindre 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Cette méthode de fixation de l'amende a l'avantage de présenter une forte dissuasion pour les entités disposant d'un important chiffre d'affaires, lequel est sans doute d'ailleurs issu, pour partie, de la réalisation de l'infraction. Le législateur a donc eu le souhait de l'étendre de manière générale au sein de la sphère pénale dans le cadre de la condamnation des personnes morales.

218. L'inconstitutionnalité relative de la fixation du montant de l'amende pénale sur le chiffre d'affaires de la personne morale. Le législateur avait souhaité intégrer dans la loi du 6 décembre 2013 une amende proportionnelle spécifique aux personnes morales. L'article 3 de la loi prévoyait en effet de modifier l'article 131-8 du Code pénal et d'instaurer que « pour un crime ou un délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement et ayant procuré un profit direct ou indirect, le maximum de la peine est soit le quintuple du taux maximum de l'amende prévu pour les personnes physiques soit le dixième du chiffre d'affaires moyen annuel

[47] Art. L. 464-2, II, C. com. prévoyant une astreinte de 5% du chiffre d'affaires journalier moyen par jour de retard et art. L. 464-2, V, C. com. prévoyant une amende de l'ordre d'1% du chiffre d'affaires mondial lorsqu'une entreprise fait obstacle aux investigations de l'Autorité de la concurrence.

de la personne morale, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaire annuels connus à la date des faits ». Par ce texte, le législateur avait sans aucun doute la volonté d'édicter une sanction pécuniaire réellement dissuasive pour les grandes entreprises qui génèrent de nombreux bénéfices et qui n'ont donc pas de mal à s'acquitter d'une peine d'amende à taux fixe d'importance moindre.

Cette disposition a fait l'objet d'un contrôle de conformité de la part du Conseil constitutionnel, dans sa décision du 4 décembre 2013, au regard du principe de nécessité des peines. Selon les requérants, ce mode de calcul, fondé uniquement sur la capacité financière des personnes morales, serait contraire à l'article 8 de la Déclaration de 1789 et violerait les principes de nécessité, de proportionnalité et d'individualisation de la peine. Les Sages soulignent que « le législateur a retenu un critère de fixation du montant de la peine encourue qui ne dépend pas du lien entre l'infraction à laquelle il s'applique et le chiffre d'affaires et est susceptible de revêtir un caractère manifestement hors de proportion avec la gravité de l'infraction constatée ». Même si le législateur comptait restreindre ce mode de calcul aux hypothèses où l'infraction a procuré un profit, le quantum de l'amende ne lui était pas fonction puisqu'il se trouvait proportionné à la capacité financière de la société condamnée. Dans sa décision, le Conseil constitutionnel n'exclut pas la possibilité par principe de fixer l'amende sur le chiffre d'affaires d'une personne morale mais subordonne ce calcul à un lien entre l'infraction et ledit chiffre d'affaires. Comme le souligne un auteur, il eut été plus sage pour le législateur de prévoir une fixation de l'amende sur le profit de l'infraction au lieu et place du chiffre d'affaires, qui, en outre, pouvait être pris en compte par le juge sur la base de l'article 132-24 du Code pénal dans sa rédaction alors en vigueur[48].

La position du Conseil constitutionnel fut prise en compte dans la rédaction de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative au Code de la consommation, lequel prévoit désormais que pour la répression des délits en la matière et notamment des pratiques commerciales trompeuses[49], des pratiques commerciales agressives[50], de l'abus de faiblesse[51], « le montant de l'amende peut être porté, de manière proportionnée aux avantages tirés du délit, à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires

[48] E. BONIS-GARCON, « Critère de fixation du montant maximum de la peine encourue par une personne morale », comm. sous Cons. const., 4 déc. 2013, n° 2013-679 DC, *Droit pénal*, févr. 2014, n° 2, p 50-51.

[49] Art. L-132-2 C. conso.

[50] Art. L-132-11 C. conso.

[51] Art. L-132-14 C. conso.

annuels connus à la date des faits ». On notera toute la prudence du rédacteur du texte de pénalité qui laisse le choix au juge de prononcer cette peine liée au chiffre d'affaires et surtout l'utilisation de la notion de proportionnalité en raison des avantages tirés qui reprend les exigences du Conseil constitutionnel en la matière. Par ce mécanisme, il semble que les dispositions du Code de la consommation n'encourront pas de décision d'inconstitutionnalité à la différence de la loi du 6 décembre 2013.

Cependant, le profit retiré du méfait ne peut être la seule assiette retenue pour moduler l'amende. En effet, la délinquance économique et financière se caractérise par l'ingéniosité et la discrétion, ce qui justifie que l'amende soit également fonction de la difficulté de la détection du comportement prohibé.

B - La proportionnalité du quantum à la détection de l'infraction

219. La peine nécessaire et la probabilité de détection. BENTHAM, l'un des pères de l'utilitarisme, empreint du principe de nécessité, estimait que le délinquant est un être rationnel effectuant un calcul avantages-coûts. Plus précisément, ce dernier, avant de commettre une infraction, prend en compte les risques encourus et le profit qui est possible d'en tirer. Cette théorie a également été reprise et développée par la doctrine économique qui considère que le délinquant prend en compte non seulement le profit à réaliser mais également les risques de détection[52]. Il apparaît en effet que le délinquant prend en considération non seulement la sanction encourue mais également la probabilité de détection. Dans la mesure où la doctrine et les autorités sont unanimes pour affirmer que la délinquance d'affaires est astucieuse et difficile à détecter[53], il semblerait logique que la peine soit proportionnée à cette probabilité pour dissuader au maximum le délinquant. Cette prise en compte de la difficulté de détection possède également un aspect plus pragmatique au-delà de la fonction de la dissuasion. Il est normal que l'Etat fasse payer au délinquant l'intervention plus longue d'effectifs d'enquête parfois plus nombreux et spécialisés. Même s'il est par nature et par définition difficile d'estimer les infractions qui ne sont pas détectées, certains comportements rendent volontairement la détection compliquée. Prenant conscience que les délinquants d'affaires particulièrement

[52] E. COMBE, *Economie et politique de la concurrence*, Dalloz, coll. « Précis », 1ère éd., 2005, n° 33.

[53] M. SEGONDS, « Commentaire de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière », *art. préc.*, n°13.

aguerris utilisent les facilités bancaires, sociétaires ou fiscales de certaines législations, le législateur a franchi un pas dans l'intégration de la probabilité de détection dans la fixation de l'amende.

220. La proportionnalité de la peine d'amende au mode de réalisation de l'infraction. Les rédacteurs de la loi du 6 décembre 2013 ont été particulièrement attentifs à la difficulté qui réside dans la détection des infractions d'affaires et ont eu le souhait de moduler la peine d'amende en fonction de la complexité des moyens utilisés par le délinquant. Ainsi, l'article 9 de la loi prévoit que la fraude fiscale réprimée à l'article 1741 du Code général des impôts sera aggravée lorsque le délinquant a eu recours à des techniques financières et juridiques facilitant la réalisation et la dissimulation de l'infraction (notamment en cas d'ouverture de compte bancaire à l'étranger, de montages sociétaires douteux à l'étranger ou encore d'utilisation de faux). Dans ces hypothèses, la peine d'amende encourue pour cette infraction sera alors portée au quadruple de la peine simple, c'est-à-dire 2 000 000 d'euros, peine encore aggravée par la dernière loi de finances à 3 000 000 d'euros[54]. De l'aveu même de la circulaire ministérielle du 23 janvier 2014, le relèvement de l'amende doit permettre de « mieux proportionner les sanctions encourues avec les enjeux financiers parfois très importants des affaires de fraude fiscale à grande envergure »[55]. Dans le même sens, l'article 30 de la loi a créé une circonstance aggravante propre à l'infraction d'abus de biens sociaux lorsqu'elle a été commise soit à l'aide de comptes ouverts ou de contrats souscrits auprès d'organismes étrangers, soit à l'aide de l'interposition de personnes physiques ou morales. Dans ce cas d'aggravation, la peine d'amende peut être portée à 500 000 euros. Monsieur le Professeur Marc SEGONDS regrette à juste titre que ce schéma d'aggravation ne soit pas étendu notamment aux infractions d'atteinte à la probité[56], comportements occultes par excellence. Mais il faut convenir que cette prise en compte de la détection dans la fixation des quanta de la peine en est à ses balbutiements. Il ne fait nul doute que d'autres infractions comme les atteintes à la probité verront leurs peines relevées selon le mode opératoire utilisé. On ne peut qu'encourager cette politique de la part du législateur, qui tend à déterminer la peine nécessaire à la répression de

---

[54] L. n° 2017-1837 du 30 déc. 2017 de finances pour 2018, JORF n° 0305 du 31 déc. 2017, art. 106.

[55] Circ. du 23 janv. 2014 relative à la présentation de la loi n° 2013-1117 en date du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, BOMJ n° 2014-01 du 31 janv. 2014, JUSD1402112C, p. 8.

[56] M. SEGONDS, « Commentaire de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière », *art. préc.*, n°13.

la délinquance économique et financière. La prise en compte des difficultés de détection dans la fixation du quantum de la peine d'amende légitime pleinement le recours au droit pénal[57]. Ce mouvement d'alignement de la peine sur le mode de réalisation de l'infraction est d'autant plus encourageant qu'il a reçu l'approbation du Conseil constitutionnel sur le fondement du principe de nécessité.

221. La conformité constitutionnelle de la peine proportionnée au mode de réalisation de l'infraction. Le 4 décembre 2013, lors du contrôle de conformité de la loi du 6 décembre 2013, le Conseil constitutionnel s'est prononcé en faveur de la proportionnalité de la peine en fonction du mode de réalisation de l'infraction[58]. Selon les requérants, l'aggravation des sanctions encourues en cas de fraude fiscale aggravée méconnaissait les principes de nécessité des délits et des peines et de proportionnalité des peines en ce qu'elle incluait parmi les circonstances aggravantes, « la simple ouverture d'un compte à l'étranger, y compris s'il est déclaré ». Dans leur considérant 22, les Sages ont rejeté cet argument et décidé que « l'ouverture de comptes ou de contrats souscrits auprès d'organismes établis à l'étranger ne constitue pas en soi un acte illicite ; que, toutefois, dès lors que ce compte a été utilisé pour commettre le délit de fraude fiscale, le législateur peut retenir une telle circonstance parmi celles qui entraînent l'aggravation de la répression du délit de fraude fiscale ; qu'en l'espèce, le législateur a estimé que le recours à des comptes ou des contrats souscrits auprès d'organismes établis à l'étranger pouvait être de nature à faciliter la commission et la dissimulation du délit de fraude fiscale ; qu'en retenant cette circonstance aggravante du délit de fraude fiscale, il n'a pas méconnu le principe de nécessité des délits ». Cette décision mérite d'être saluée dans la mesure où ce certificat de constitutionnalité de la proportionnalité de l'amende sur le mode de réalisation de l'infraction est conforme au principe de nécessité tel qu'édicté par BECCARIA. Néanmoins, on pourra regretter que le Conseil constitutionnel fasse référence au principe de nécessité des délits alors que la disposition contestée l'était à juste titre sur le fondement du principe de nécessité des peines.

Malgré ses évolutions ponctuelles et son attachement à une plus stricte nécessité, la peine d'amende présente de nombreuses lacunes qui ne lui permettent pas d'atteindre

---

[57] Pour une étude économique sur la détermination de l'amende en fonction de la difficulté de la détection, v. P. KOPP, *Analyse économique de la délinquance financière*, Contrat avec le GIP, Mission Justice, sept. 2001, p. 28 et s.

[58] Cons. const., 4 déc. 2013, n° 2013-679 DC.

pleinement ses objectifs de dissuasion et de rétribution en matière économique. En ce qu'elle ne permet pas totalement de priver le délinquant de tout profit, elle ne peut répondre que partiellement aux critères de la peine nécessaire. Néanmoins, le législateur a pris conscience de ces éléments en adoptant d'autres mesures permettant d'empêcher l'auteur de tirer tout produit de la commission d'une infraction.

SECTION 2

LA NECESSITE DE PRIVER LE DELINQUANT DE L'INTEGRALITE DU PROFIT

222. Le profit : dessein ultime du délinquant d'affaires. Bien que nécessaire, l'amende est une peine présentant de nombreux inconvénients, surtout lorsque son montant est fixé de telle manière qu'elle laisse subsister un profit au délinquant. De plus, le produit de l'infraction peut aisément avoir été converti, dissipé ou transféré à une tierce personne. Dans ces conditions, le droit pénal doit justifier son intervention dans la sphère économique en proposant une peine qui dissuade totalement le délinquant pourvu de *l'animus cupidi*, c'est-à-dire en le privant de tout profit issu de l'infraction. Pour reprendre les termes d'un auteur, les délinquants, bien que redoutant l'emprisonnement, « s'inquiètent davantage de la saisie et de la confiscation de tout ou partie de leur patrimoine »[59], c'est-à-dire que ces peines participent pleinement à la fonction de dissuasion. Déjà en son temps, BECCARIA précisait que « la perte des biens est une peine plus grave que le bannissement. Il doit donc y avoir des cas où, proportionnellement au délit, on appliquera la confiscation totale ou partielle des biens […] »[60]. La confiscation, peine ancienne et particulièrement dure a toute sa place dans la répression de la délinquance économique et financière, essentiellement constituée d'atteintes aux biens. Ainsi, le droit pénal permet d'appliquer une sanction dont lui seul est titulaire et qui prive l'auteur de l'infraction de tout profit en découlant (§2). Mais de façon plus innovante, la norme pénale a su s'adapter aux particularités de la criminalité économique en prévoyant des mesures de privation de profit avant toute condamnation. N'étant pas *stricto sensu* des peines, les saisies

[59] M. CAILLIBOTTE, « Bilan des juridictions inter régionales spécialisées », *AJ pénal* 2010, p. 110.

[60] C. BECCARIA, *Traité des délits et des peines, op. cit.*, ch. XXV, p. 118.

pénales interviennent en amont du prononcé, et permettent d'éviter tout enrichissement de l'auteur présumé d'une infraction. Néanmoins, elles contribuent entièrement aux fonctions de dissuasion et de rétribution de la confiscation à venir en garantissant sa future exécution et en plaçant les biens du délinquant entre les mains de la Justice (§1).

§1 - LA PRIVATION DE PROFIT *ANTE SENTENCIA*

223. L'adaptation de l'arsenal répressif aux réalités économiques. Il peut paraître étonnant, à cet endroit de notre étude, de se pencher sur une mesure qui n'est pas une peine. Les saisies en matière pénale sont régies par le Code de procédure pénale et sont considérées comme des actes à caractère procédural, s'appliquant nécessairement avant toute condamnation. Néanmoins, deux raisons justifient de s'y intéresser. Tout d'abord, ces saisies sont intimement liées aux peines puisqu'elles ont pour objet de garantir l'exécution à venir des confiscations, qui sont, elles, de véritables sanctions pénales. De plus, en s'appliquant aux mêmes biens que ceux visés par la confiscation et en les plaçant sous main de Justice, les saisies participent pleinement aux fonctions de dissuasion et de rétribution du droit pénal[61]. Avant tout développement, il convient de noter que les mesures subséquentes à une saisie pénale sont de l'office de l'Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués, établissement public régi par les articles 706-159 et suivants du Code de procédure pénale. En outre, les saisies font l'objet d'une attention particulière dans le domaine de la coopération internationale, dont les articles 694-10 du même code prévoient de faciliter l'effectivité de saisies entre les Etats. Aussi, ces saisies sont particulièrement nécessaires en ce qu'elles constituent un premier palier avant la possible et future confiscation des biens visés (A). Cependant, leur intervention avant toute condamnation, à un stade où la personne concernée n'est que suspectée d'être l'auteur d'une infraction, ainsi que leur régime propre posent des interrogations légitimes quant au respect des garanties de la personne visée (B).

[61] C. CUTAJAR, « Le nouveau droit des saisies pénales », *AJ pénal* 2012, p. 124.

A - Les saisies pénales : première étape dans la privation de profit

224. Une mesure particulièrement adaptée à la délinquance économique. Les saisies spéciales aux fins de confiscation ont vu leur régime défini par la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale. Cette loi a inséré un titre XXIX au sein du live IV du Code de procédure pénal intitulé « Des saisies spéciales » dont le champ d'application s'étend aux biens mobiliers corporels et incorporels et aux biens immobiliers. Pour des auteurs, le législateur a pris conscience que la sanction pénale n'était « véritablement dissuasive que si elle s'accompagnait de la confiscation des profits frauduleux, voire de l'entier patrimoine » et ce dernier a voulu « concevoir une saisie qui n'ait pas, comme jusqu'à ce jour, pour seul objectif la conservation des pièces à conviction et éléments de preuve nécessaires à la manifestation de la vérité », mais « constitue également une étape déterminante pour obtenir, lors du jugement, la confiscation des biens »[62]. L'article 706-141 du Code de procédure pénale présente l'objectif des saisies spéciales et dispose que cette mesure « s'applique, afin de garantir l'exécution de la peine complémentaire de confiscation selon les conditions définies à l'article 131-21 du code pénal ». Les mesures de saisie disposent d'un rôle important en matière économique, notamment lorsqu'elles sont en lien avec les confiscations à venir. Le régime des saisies pénales est particulièrement exorbitant du droit commun, notamment en ce qu'il ne prévoit aucune fraction insaisissable du patrimoine saisi[63].

225. La forte dissuasion des saisies de patrimoine. Les saisies de patrimoine sont prévues par les articles 706-148 et suivants du Code de procédure pénale. Elles portent sur les avoirs du délinquant qui ne constituent pas le produit direct ou indirect d'une infraction en renvoyant à l'article 131-21 du Code pénal. Plus précisément, pour les infractions punies de plus de cinq ans d'emprisonnement, la mesure peut porter sur tous les biens dont l'origine n'est pas justifiée. Dans les cas où le texte répressif le prévoit expressément, notamment en matière de blanchiment[64], la saisie peut porter sur l'ensemble du patrimoine du délinquant. Il convient de noter que la loi n° 2012-409 du 27 mars 2012 a permis la saisie puis la confiscation, des biens dont le délinquant n'est pas le propriétaire mais dont il a la libre disposition. Cette

[62] G. GEOFFROY, rapp. AN n° 1689, déposé le 20 mai 2009, p. 7.

[63] E. DAOUD et M. SOBEL, « Les saisies pénales appliquées à la matière fiscale », *Rev. Lamy dr. aff.*, avril 2016, n° 114 p. 28.

[64] Art. 324-7 C. pén.

disposition législative avait pour objectif de faire échec à l'utilisation de prête-nom ou de montages sociétaux par l'auteur de l'infraction qui perdait juridiquement la qualité de propriétaire alors qu'il en restait le propriétaire économique réel. Comme le souligne un auteur, la Chambre criminelle a développé une conception économique de la notion de « libre disposition », « conformément aux intentions du législateur qui étaient précisément de dépasser l'apparence juridique pour permettre la saisie des biens du propriétaire économique réel »[65]. Ce type de saisie nécessite l'avis préalable du procureur de la République. Pour des auteurs, les saisies de patrimoine sont d'une redoutable dissuasion dans la mesure où la valeur saisie excède celle du produit de l'infraction[66]. Dans un arrêt du 9 mai 2012, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a eu à se prononcer sur une saisie de patrimoine pratiquée dans une affaire de blanchiment en bande organisée et d'escroquerie aggravée. Plus précisément, un arrêt d'une chambre d'instruction, rendu avant l'entrée en vigueur de la loi du 27 mars 2012 précitée, avait refusé la saisie d'un bien immobilier appartenant à une SCI dont toutes les parts étaient détenues par les membres de la famille du délinquant. Après avoir rappelé qu'en application de l'article 112-2, 2° du Code pénal, les lois de procédure sont applicables immédiatement à la répression des infractions commises avant leur entrée en vigueur, les juges ont décidé que l'arrêt attaqué doit être annulé « afin qu'il soit prononcé au vu des dispositions de procédure précitées ». Le renvoi opéré devant alors permettre la saisie dudit bien immobilier, même si le propriétaire juridique demeure la SCI. On le voit, les saisies de patrimoine participent pleinement à la nécessité du droit pénal dans la vie des affaires en permettant de priver le délinquant de l'entièreté du profit réalisé, voire davantage. A côté de ces saisies de patrimoine, le législateur a prévu un autre type de saisies, s'intéressant aux biens immobiliers.

226. Les saisies immobilières : consécration de la notion de propriétaire économique. Les saisies immobilières, prévues aux articles 706-150 et suivants du Code de procédure pénale, sont possibles dans le cadre de toute enquête ou pendant l'instruction, décidées par le juge des libertés et de la détention ou le juge d'instruction sur requête du procureur de la République. La jurisprudence de la Chambre criminelle s'est fortement développée en la matière et a pleinement consacré la théorie de la propriété économique réelle des biens, ou de bénéficiaire effectif pour reprendre la terminologie en matière d'obligation de

[65] L. ASCENSI, Rép. pén., v. Saisies spéciales, sept. 2014, n° 31.

[66] E. DAOUD et M. SOBEL, « Les saisies pénales appliquées à la matière fiscale », *art. préc.*, n° 114 p. 28.

vigilance. En effet, les saisies immobilières étaient bien souvent impossibles en raison d'un transfert de propriété au profit de sociétés civiles immobilières disposant d'un patrimoine propre. Dans ces conditions, les juges ont eu le souhait de contrer ce type de montage afin d'atteindre directement le délinquant. Ainsi, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a rappelé que cette saisie n'est pas limitée aux seuls immeubles dont le délinquant a la propriété mais également à ceux qui sont le produit direct ou indirect de l'infraction[67]. Plus précisément, dans cette affaire, les requérants, poursuivis pour de nombreuses infractions financières, soutenaient que la saisie immobilière était illégale car pratiquée sur un studio détenu par une société dont ils détenaient les parts. Les juges ont considéré qu'en possédant les parts de la société, les délinquants étaient à considérer comme les propriétaires économiques de l'immeuble. De la même manière, la saisie est applicable aux biens appartenant à une société dès lors que les délinquants détiennent 99,5 % des parts sociales et ont la libre disposition du bien en question en ce qu'ils détiennent le pouvoir de gestion de ladite personne morale[68].

Enfin, dans l'affaire dite « des biens mal acquis », un ensemble immobilier acquis par l'Etat de Guinée équatoriale avait été saisi au motif que tous les biens qui sont l'objet ou le produit direct ou indirect de l'infraction sont concernés, même si celle-ci est présumée[69]. Notons que, de façon plus traditionnelle, la jurisprudence rappelle également de manière fréquente que la saisie immobilière « s'étend à tous les biens qui sont l'objet ou le produit direct ou indirect de l'infraction, peu important que ceux-ci aient été acquis pour partie avec des fonds d'origine licite »[70]. Ce contournement des règles civiles du droit de propriété est à saluer du point de vue répressif en ce qu'il permet au délinquant ingénieux de ne plus systématiquement éviter la saisie, puis la confiscation, de biens transférés à une personne morale dont il détient le plus souvent les parts ou la gestion de fait[71]. L'objectif de dissuasion est ici pleinement atteint et justifie une intervention du droit pénal. Néanmoins, une réserve peut être émise au regard de la conventionalité d'une telle disposition et notamment de l'article 1er du premier Protocole à la Convention européenne des droits de l'homme qui consacre le droit au respect des biens, y compris pour les personnes morales. Le fort intérêt pour les saisies pénales se manifeste

---

[67] Cass. crim., 4 sept. 2012, *Bull. crim.* n° 178 ; *AJ pénal* 2013, p. 56, obs. J. LASSERE-CAPDEVILLE.

[68] Cass. crim., 23 mai 2013, *Bull. crim.* n° 113, *JCP* 2013, 804, note C. CUTAJAR ; Cass. crim., 29 janv. 2014, *Bull. crim.*, n° 32.

[69] Cass. crim., 5 mars 2014, *Bull. crim.* n° 67 ; Cass. crim., 5 mars 2014, *Bull. crim.* n° 65.

[70] Cass. crim., 23 juill. 2014, inédit, pourvoi n° 13-85.558.

[71] Cass. crim., 8 nov. 2017, inédit, pourvoi n° 17-82.632.

également eu égard à leur diversité et la volonté des autorités d'en faciliter au mieux l'exécution.

227. Diversité et effectivité des saisies pénales. Alors que le terme même de saisie laisse supposer une appropriation de la chose concernée, le droit pénal a fait preuve d'une totale adaptation à la délinquance économique pour diversifier les types de biens pouvant faire l'objet d'une saisie. En ce sens, les articles 706-153 et suivants du Code de procédure pénale ont trait à la saisie portant sur certains biens ou droits mobiliers incorporels, mesure autorisée dans les mêmes conditions que celles vues précédemment. L'originalité de cette saisie réside en ce qu'elle peut porter sur des sommes d'argent placées sur des comptes bancaires [72] mais également sur une créance [73], et notamment un contrat d'assurance-vie. A ce titre, l'instrumentalisation de ce type de contrats à des fins de blanchiment n'est plus à démontrer, permettant d'une part l'opération de placement prévue par l'article 324-1 du Code pénal et mobilisant des mécanismes rendant difficiles toutes saisies[74]. Dans ces conditions, le législateur a pris le soin de préciser qu'une telle saisie emporte la suspension des facultés de rachat, de renonciation ou de nantissement, paralysant ainsi complètement les mécanismes contractuels[75]. Les saisies peuvent encore concerner des parts sociales, des instruments financiers[76] ou un fonds de commerce[77]. L'intérêt d'une telle diversité des objets des saisies pénales est ici évident, le droit pénal s'étant parfaitement adapté à une délinquance dont le profit peut changer rapidement de formes à de multiples reprises et transitant par divers établissements. En outre, il est important de relever que l'article 706-141-1 du Code de procédure pénale précise que la saisie peut s'opérer en valeur. Cette hypothèse est particulièrement intéressante en matière économique puisqu'elle permet notamment d'éviter la saisie de biens de nature délicate comme les immeubles dont les formalités sont plus lourdes et de pratiquer à la place une saisie sur les sommes inscrites en compte bancaire. La saisie en valeur est également autorisée lorsque le produit de l'infraction a été mêlé à des fonds d'origine licite. De plus, le juge n'a pas à

[72] Art. 706-154 C. pr. pén.

[73] Art. 706-155 C. pr. pén.

[74] M. SEGONDS, « Commentaire de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière », *art. préc.*, n° 15.

[75] Cass. crim., 30 oct. 2012, *Bull. crim*. n° 229.

[76] Art. 706-156 C. pr. pén.

[77] Art. 706-157 C. pr. pén.

démontrer que les biens saisis sont le produit de l'infraction poursuivie, ce qui facilite grandement l'effectivité de la mesure. Enfin, l'article 706-158 du Code de procédure pénale prévoit que la saisie peut être opérée sans dépossession, laissant au délinquant l'obligation d'entretenir le bien. Les opérations de saisie participent dès lors totalement à la fonction de dissuasion qui rend nécessaire le recours au droit pénal. Mais leur caractère sévère et leur champ d'application large doivent tout de même permettre de préserver les garanties dues à la personne concernée.

B - Le difficile équilibre entre effectivité répressive et respect des droits fondamentaux

228. Le respect des principes de nécessité et de proportionnalité. Les saisies pénales sont certes d'une efficacité redoutable mais font l'objet de vives critiques. Tout d'abord, celles-ci sont possibles à tous les stades de la procédure, y compris pendant une enquête de flagrance. A cette étape, il est délicat d'imputer de façon certaine une infraction à la personne mise en cause. De plus, en permettant la confiscation de tout le patrimoine d'une personne, on peut facilement aboutir à une vraie condamnation avant l'heure. La saisie peut engendrer une véritable insolvabilité du mis en cause et entraîner un grave trouble à l'activité économique d'une société. De plus, ces saisies sont publiées, ce qui porte une atteinte certaine à l'image et à la crédibilité des sociétés. C'est pourquoi la violation des droits de la défense et de la présomption d'innocence est régulièrement invoquée à l'encontre des décisions de saisie. Comme le soulignent des auteurs, aucune disposition n'est relative à la limite matérielle des saisies, en application des principes de nécessité et de proportionnalité en procédure pénale[78], ce qui permet aux autorités de ne pas être limitées dans l'étendue de l'opération. Conformément à sa jurisprudence en matière de nécessité des mesures procédurales, le Conseil constitutionnel a précisé dans une décision du 26 novembre 2010 que les juridictions pénales devront vérifier la proportionnalité des saisies[79], se contentant d'une présence du juge pour déclarer la disposition conforme. Aussi, ces éléments peuvent laisser craindre une atteinte aux droits de la défense.

---

[78] E. DAOUD et M. SOBEL, « Les saisies pénales appliquées à la matière fiscale », *art. préc.*, n° 114 p. 32.

[79] Cons. const., 26 nov. 2010, n° 2010-66 QPC, *AJ pénal* 2011, p. 31, obs. J.-B. PERRIER.

229. Des droits de la défense malmenés. Il convient de noter que les décisions de saisie peuvent logiquement faire l'objet d'un recours. Plus précisément, le propriétaire du bien saisi ou le tiers susceptible d'avoir des droits sur le bien peuvent former un appel contre une décision de saisie. Pour cela, ils disposent d'un délai de dix jours à compter de la notification de la décision de saisie pour former un appel non suspensif devant la chambre de l'instruction. Malgré cela, les droits de la défense sont plutôt malmenés et la position du législateur s'est récemment accentuée en la matière. Depuis la loi du 6 décembre 2013, l'appelant ne peut avoir accès qu'aux seules pièces de la procédure se rapportant à la saisie contestée[80]. Ainsi, pour avoir accès à l'entier dossier, il faut être partie à la procédure, ce qui s'avère contradictoire puisque les saisies ont pour but d'empêcher la dissipation des biens et s'effectuent donc avant toute mise en examen. Sur ce point, on ne peut que relever une certaine atteinte aux droits de la défense dans la mesure où l'intéressé se voit privé d'accès à l'entier dossier qui fonde la saisie. Pourtant, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a décidé que ces dispositions étaient conformes à la Convention européennes des droits de l'homme en ce qu'elles garantissent « un juste équilibre entre les droits de la personne concernée par la saisie et la nécessité de protéger le secret de l'enquête et de l'instruction ». En soi, les saisies sont nécessaires en droit pénal des affaires, mais cette recherche d'effectivité ne doit pas se faire au détriment des droits de la personne mise en cause. Jusqu'à présent, celle-ci n'a pas été jugée coupable et ne peut se voir appliquer que des saisies provisoires, à l'opposé de la confiscation qui, elle, frappe le condamné.

§2 - LA PRIVATION DE PROFIT *POST SENTENCIA*

230. L'aliénation des biens du condamné. La saisie pénale a vocation à être une mesure temporaire, anticipant une possible confiscation, qui elle, ne peut intervenir qu'à la suite d'un jugement prononçant la condamnation du mise en cause. La peine de confiscation est une arme redoutable de la justice pénale qui justifie pleinement son intervention dans la sphère économique en ce qu'elle prive le délinquant de tout profit. Pour reprendre les termes d'un

[80] C. CUTAJAR, « Le volet répressif de la loi sur la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance financière », *AJ pénal*, 2013, p. 638.

auteur, la confiscation tente de « garantir que le crime ne paie pas »[81]. En ce sens, et à l'instar de la peine d'amende, la théorie de l'utilité de la peine nous enseigne que la sanction ne doit aboutir qu'à une privation du strict profit ou légèrement supérieure. Cet objectif est particulièrement bien rempli par la confiscation spéciale qui permet de transférer le profit d'une infraction des biens du délinquant à l'Etat (A). A l'inverse, nous pouvons nous poser la question de la nécessité d'une confiscation générale, qui n'est plus limitée au profit du méfait mais s'étend à l'intégralité du patrimoine du délinquant (B).

A - La nécessité évidente de la confiscation spéciale

231. L'intérêt de la confiscation en matière économique. Au regard des développements précédents, il est évident que la peine d'amende à taux fixe, et dans une moindre mesure, à taux proportionnel, présente d'importantes lacunes. Le principe de nécessité enseigne que la peine la plus à même de contrer la délinquance financière est celle qui permet d'empêcher tout bénéfice à l'auteur de l'infraction. Or, il est des cas évidents où la peine d'amende ne peut couvrir qu'une infime partie du profit réalisé, en laissant une part non négligeable dans la poche du délinquant. Cette hypothèse concerne les situations où le quantum de la peine d'amende est inférieur au profit effectivement réalisé par le délinquant. Pour être nécessaire, le droit pénal se doit donc de proposer d'autres sanctions pour pallier ces lacunes dont la peine de confiscation. Cette peine est évidemment bénéfique pour la société puisque la chose confisquée est par principe dévolue à l'Etat, lequel en perçoit le prix de la licitation[82]. Dans ces conditions, la peine de confiscation est d'un intérêt fondamental[83] pour les autorités car elle engendre peu de coûts mais de nombreux bénéfices[84]. En ce sens, la loi prévoit que la confiscation peut également être ordonnée en valeur, s'exécutant sur tous les biens du délinquant qu'elle qu'en soit la nature[85]. Dans ce cas, la confiscation permet au juge de prononcer ce qui s'apparente à une peine d'amende supplémentaire. Cette peine de confiscation

---

[81] E. ALLAIN, « Les saisies et confiscations pénales », *D. act.* 12 avr. 2012.

[82] Cass. crim., 15 mai 1997, *Bull. crim*. n° 187, *RSC* 1998, p. 97, obs. B. BOULOC.

[83] W. JEANDIDIER, « Présentation critique des sanctions de quelques infractions d'affaires », in *Mélanges en l'honneur de Jean STOUFFLET, op. cit.*, p. 148.

[84] H. MATSOPOULOU, « La confiscation spéciale dans le nouveau code pénal », *RSC* 1995, p. 301, n° 1.

[85] Art. 131-21, al. 8, C. pén.

en valeur permet également de déjouer toute dissipation ou tout transfert du produit de l'infraction. Depuis la loi du 6 décembre 2013, le législateur a tenu à préciser que cette confiscation en valeur peut s'exécuter sur tous les biens du condamné dont il a la libre disposition. Outre son but de priver le délinquant de tout profit, la confiscation joue également un rôle important dans la sphère financière en écartant les objets frauduleux du circuit économique. Pour y parvenir, la loi a prévu différents cas de confiscation obligatoire portant sur des biens délictueux. Ainsi, la confiscation est obligatoire en matière de faux monnayage, l'article 442-13 du Code pénal prévoyant que les pièces et billets contrefaits ainsi que le matériel ayant permis la réalisation de l'infraction doivent être obligatoirement confisqués. Dans la même direction, l'article 131-21 alinéa 7 du Code pénal prévoit que la peine de confiscation est obligatoire pour les objets qualifiés de dangereux ou nuisibles par la loi ou le règlement ou dont la détention est illicite. Par exemple, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que des instruments de pesage falsifiés tombaient sous le coup de cette disposition, notamment en raison du « caractère de mesure de police et de sécurité » de la confiscation[86]. Pour une partie de la doctrine, ce type de confiscation revêt davantage le caractère d'une mesure de sûreté et n'a pas vocation à produire un effet dissuasif[87]. Cette position doit être approuvée mais l'intérêt de la peine n'en est pas moins important. Ce type de confiscation justifie pleinement l'intervention du droit pénal en matière économique, ce dernier ayant vocation à l'assainir de tout élément pouvant contrarier son bon fonctionnement. Néanmoins, la confiscation la plus à même de remplir les conditions du principe de nécessité est bien celle qui porte sur le profit retiré de l'infraction.

232. La stricte nécessité de la peine de confiscation spéciale. Le régime général de la peine complémentaire de confiscation est prévu à l'article 131-21 du Code pénal. Celle-ci est notamment encourue de plein droit pour les délits punis d'un emprisonnement d'au moins un an. Une distinction doit être opérée selon l'objet sur lequel porte la confiscation spéciale. D'une part, la confiscation peut porter sur tout bien meuble ou immeuble, qu'elle qu'en soit la nature, divis ou indivis, ayant servi à commettre l'infraction. Cette sanction peut s'appliquer sur les biens dont le délinquant est propriétaire ou dont il a la libre disposition. Ce type de confiscation ne répond pas exclusivement à un souci de dissuasion ou de punition mais vise à

[86] Cass. crim., 23 mai 1977, *Bull. crim.* n° 183, *D.* 1977. IR 370.

[87] G. ROYER, *L'efficience en droit pénal économique*, *op. cit.*, n° 172, p. 183.

écarter un outil dangereux à l'ordre public. D'autre part, la confiscation peut porter sur le produit de l'infraction, qu'il soit direct ou indirect. Cette confiscation sur le profit de l'infraction intéresse particulièrement le principe de nécessité en matière économique. En effet, priver le délinquant de tout profit consacre pleinement la théorie de la peine utile. En perdant l'intégralité du produit de l'infraction, l'auteur cupide n'a dès lors plus aucun intérêt à la commettre. De plus, si ce produit a été mêlé à des fonds licites pour l'acquisition d'un bien, la confiscation peut s'opérer sur la portion de ce bien financé par des fonds délictueux. Ce fut le cas dans un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 27 avril 2000 à l'occasion duquel les juges ont validé la confiscation d'une maison acquise avec des fonds d'origine illicite[88]. Il ressort de ces éléments que le législateur a parfaitement compris les enjeux d'une telle peine pour contrer la délinquance économique puisque la confiscation spéciale est notamment prévue en matière d'atteinte aux biens[89], d'atteintes à la probité[90] et de recel[91]. Il faut souligner qu'en application des articles 131-11 et 131-18 du Code pénal, la confiscation peut être retenue comme peine principale et être substituée à l'emprisonnement et à l'amende en matière correctionnelle et contraventionnelle suivant les dispositions des articles 131-6, 131-14 et 131-16 du Code pénal. Ainsi, la confiscation spéciale répond parfaitement aux attentes du principe de nécessité qui justifie le recours au droit pénal par ses peines dissuasives. Plus loin encore dans la dissuasion mais davantage éloigné de la peine strictement nécessaire, le législateur a eu la volonté d'instituer une peine de confiscation générale, particulièrement dure pour le délinquant.

B - La force dissuasive de la confiscation générale

233. La confiscation générale, une peine traditionnellement réservée aux crimes les plus graves. Au contraire de la confiscation spéciale qui ne porte que sur un objet particulier ou sur une portion déterminée, la confiscation générale a vocation à s'appliquer à l'ensemble du patrimoine du délinquant, relevant un caractère particulièrement sévère de cette sanction. Au regard de cette sévérité, la confiscation générale a subi de profonds changements

[88] Cass. crim., 27 avr. 2000, *Bull. crim*. n° 172.

[89] Art. 312-13, 4°, C. pén.

[90] Art. 432-17, 3°, C. pén.

[91] Art. 321-9, 6°, C. pén.

au fil des différentes législations. Considérée comme une institution « peu recommandable » par une partie de la doctrine[92], la confiscation générale n'a jamais eu une vocation d'application générale. Présente au sein du Code pénal de 1810, celle-ci portait sur les biens présents et à venir du condamné. Par la suite, la confiscation générale a été abolie en 1832 pour finalement être rétablie sous certaines conditions par le décret-loi du 29 juillet 1939 en matière d'atteintes à la sûreté extérieure de l'Etat[93]. Prévue depuis le Code pénal de 1994 au sein de l'article 131-21, la confiscation générale ne s'appliquait à l'origine qu'en cas d'infractions particulièrement graves comme le trafic d'êtres humains, les crimes contre l'humanité ou le terrorisme, excluant initialement les infractions économiques.

234. L'intérêt de la confiscation générale pour la délinquance économique. Progressivement, le législateur a pris conscience de l'intérêt d'une telle sanction pour punir la délinquance financière et notamment de son caractère particulièrement dissuasif et rétributif. Ainsi, la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 est venue prévoir la confiscation générale en matière de fausse monnaie[94]. Par la suite, la loi n° 2012-409 du 27 mars 2012 est intervenue pour instituer la peine de confiscation générale en matière de blanchiment[95]. Il apparaît dès lors que le droit pénal des affaires n'est plus exclu de ce type de sanction particulièrement lourde pour le condamné, la fonction de dissuasion étant ici poussée à son extrême. Outre le risque de perdre l'intégralité des biens dont il est propriétaire, le délinquant peut également voir d'autres biens proches faire l'objet d'une confiscation. Ainsi, il convient de noter que l'alinéa 6 de l'article 131-21 du Code pénal prévoit que la confiscation peut porter sur des biens dont le condamné n'est pas propriétaire mais dont il a la libre disposition. Pour le législateur, cette extension du champ de la confiscation se justifie dans la mesure où, bien souvent, la mesure était tenue en échec par l'utilisation de prête-nom ou de montages sociétaires, permettant au délinquant de ne pas être le propriétaire juridique des biens alors qu'il en était le propriétaire économique réel[96]. Bien que particulièrement sévère, cette peine semble s'être bien adaptée à la délinquance d'affaires en permettant de déjouer les divers montages ingénieux du condamné. Mais

---

[92] G. ROYER, *L'efficience en droit pénal économique*, *op. cit.*, n° 172, p. 182 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, T. 1, *op. cit.*, n° 792, p. 959.

[94] Art. 442-16 C. pén.

[95] Art. 324-7, 12° C. pén.

[96] J.-P. GARRAUD, rapp. AN n° 4112, déposé le 21 déc. 2011, p. 84.

contrairement à la confiscation du strict profit, la confiscation générale n'est pas exempte de critiques, notamment quant à sa nécessité.

235. La nécessité d'une peine excédant le strict profit issu de l'infraction. A la lecture de l'article 131-21 du Code pénal, il est possible d'y voir deux types de confiscation générale. Premièrement, l'alinéa 5 de l'article dispose que « s'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement et ayant procuré un profit direct ou indirect, la confiscation porte également sur les biens meubles ou immeubles, quelle qu'en soit la nature, divis ou indivis, appartenant au condamné lorsque celui-ci, mis en mesure de s'expliquer sur les biens dont la confiscation est envisagée, n'a pu en justifier l'origine ». Ce type de confiscation générale dispose d'un champ particulièrement large, notamment au regard des infractions qu'il peut concerner, la plupart des infractions d'affaires étant punies de cinq ans d'emprisonnement. Large cette peine l'est également quant aux biens susceptibles de confiscation, qui peuvent être de toute nature et dont l'origine est douteuse. Il est évident que la justification de l'origine de certains biens peut s'avérer particulièrement difficile et permettre leur confiscation, ce qui apparaît d'une forte sévérité pour le délinquant. Deuxièmement, l'alinéa 6 pose que « lorsque la loi qui réprime le crime ou le délit le prévoit, la confiscation peut aussi porter sur tout ou partie des biens appartenant au condamné ou, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi, dont il a la libre disposition, quelle qu'en soit la nature, meubles ou immeubles, divis ou indivis ». Cette forme de confiscation est la plus grave, permettant une privation de l'entier patrimoine du délinquant ainsi que des biens proches dont il n'est pas propriétaire.

Il convient de souligner que la loi du 6 décembre 2013 a comblé une importante lacune en la matière en étendant cette confiscation aux personnes morales coupables de blanchiment. A ce titre, l'Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués avait noté que « si une personne morale s'est interposée dans un schéma de blanchiment, situation extrêmement fréquente en pratique, la totalité des biens de la personne morale condamnée ne pourra être confisquée : pour lui confisquer des biens, il faudra démontrer pour chacun d'eux qu'il s'agit du produit de l'infraction. Ainsi, les délinquants mettent à l'abri certains biens avec des montages simples »[97]. Le législateur a pris en compte cette critique parfaitement justifiée pour étendre le champ d'application de la confiscation générale. Notons que dans un arrêt du 3 novembre 2011, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a

[97] AGRASC, rapp. 2011, p. 25.

considéré que la confiscation générale du patrimoine était conforme à la Convention européenne des droits et de l'homme et à la Convention internationale des droits de l'enfant garantissant le respect de la propriété et le respect de la vie familiale, à l'occasion d'un cas où l'ensemble des biens du condamné avait été confisqués, y compris le domicile familial[98]. Enfin, la confiscation générale peut également porter sur tous les biens appartenant au délinquant et dont il ne peut expliquer l'origine, disposition insérée dans le Code pénal par la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007. Cette disposition est particulièrement sévère puisqu'elle induit un renversement de la charge de la preuve qui pèse désormais sur le mis en cause.

Le législateur semble donc avoir pris conscience de la force de la peine de confiscation dont le droit pénal a l'exclusivité. Cette peine, qui répond totalement aux exigences du principe de nécessité, s'articule parfaitement avec la peine principale d'amende et peut également s'entourer d'autres peines complémentaires.

Enfin, la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 est venue modifier les dispositions concernant la confiscation faisant suite à une saisie portant sur un contrat d'assurance-vie en application de l'article 706-55 du Code de procédure pénale. Le législateur a eu le souhait d'éviter que les mécanismes de ce type de contrat obligent les autorités à attendre son dénouement pour appréhender les fonds concernés. Désormais, il est expressément prévu que la condamnation définitive à la peine de confiscation d'un contrat d'assurance-vie entraîne de plein droit la résolution judiciaire et le transfert des fonds confisqués au profit de l'Etat conformément aux articles modifiés des Codes des assurances[99], de la mutualité[100] et de la sécurité sociale[101]. Dès lors, il est possible d'affirmer que la confiscation participe pleinement à la nécessité du recours au droit pénal dans la vie des affaires.

---

[98] Cass. crim., 3 nov. 2011, inédit, pourvoi n° 10-87.811.

[99] Art. L. 160-9 C. assur.

[100] Art. L. 223-29 C. mut.

[101] Art. L. 932-23-2 C. sec. soc.

CONCLUSION TITRE 1

236. S'interroger sur les raisons profondes du recours au droit pénal de fond dans la matière économique a eu pour effet d'éclairer un aspect méconnu du principe de nécessité. Contrairement à l'appréhension classique qui en est faite, le principe de nécessité dispose d'un versant positif qui oblige le droit pénal à intervenir lorsque la situation l'exige. Dès lors, il était opportun pour notre étude de se pencher sur les motifs de l'intervention pénale en matière économique. Nous interroger sur la question de savoir si le droit pénal est nécessaire dans la vie des affaires nous a permis de dégager deux points d'une grande importance.

237. D'une part, il ressort de notre étude que le droit pénal de fond est essentiellement nécessaire pour son caractère répressif. Véritable bras armé des autres branches du droit, ce dernier légitime son intervention dans la sphère économique en raison des peines qu'il propose. Peu déterminateur en ce domaine, le droit pénal est avant tout sanctionnateur et dispose pour cela d'un arsenal fort développé. Ainsi, nous avons vu que le droit pénal est nécessaire parce qu'il propose des peines permettant la neutralisation du délinquant. De ce point de vue, il dispose d'une certaine exclusivité, les autres droits ne possédant pas un tel pouvoir, ce qui justifie pleinement son caractère nécessaire. En outre, le droit pénal dispose de peines permettant de dissuader et de punir au maximum le délinquant d'affaires en portant sur son patrimoine ou en le privant de tout profit. Ces éléments laissent également apparaître une grande adaptation de l'arsenal répressif à une délinquance en col blanc qui n'est pas sensible à n'importe quelle peine. En ce sens, le droit pénal a su parfaitement contrer *l'animus cupidi* des auteurs en proposant un éventail de peines variées qui prend en considération les spécificités de la délinquance d'affaires. Pour ces raisons, il est possible d'affirmer que le droit pénal est nécessaire au fond en matière économique pour son caractère répressif.

238. D'autre part, nous pencher sur cet aspect répressif du droit pénal des affaires nous a permis d'esquisser quelle était la peine nécessaire en la matière. Outre la question de savoir pourquoi le droit pénal est nécessaire en matière économique, il est possible de profiter de cette interrogation pour faire émerger les critères de la peine nécessaire. Il ressort de notre étude à ce sujet que le droit pénal des affaires est en constante évolution et propose des peines spécifiques à la délinquance financière. Plus précisément, il apparaît que la peine nécessaire est celle qui permet une neutralisation de l'agent économique déviant mais qui est restreinte au champ infractionnel. La peine d'emprisonnement ne nous semble pas être d'une nécessité totale, l'objectif de neutralisation pouvant être atteint à moindre coût par des interdictions. De façon évidente, la peine nécessaire en matière économique est également celle qui s'attache à priver de tout profit le délinquant, voire qui s'avère être un coût pour ce dernier. Ainsi, elle atteint un objectif de dissuasion face à un individu rationnel qui opère un calcul avantage-coûts, mais elle permet également de le punir efficacement si l'infraction est consommée. On notera que le législateur, fort heureusement, tend à prévoir des peines répondant à ces critères même si de nombreuses lacunes ont été relevées. Enfin, il ne faut pas perde de vue que la peine est nécessaire si celle-ci fait l'objet d'une application certaine par le juge. Or, la certitude de la peine est quelque peu absente en droit pénal des affaires, ce qui a pour effet de ne pas répondre pleinement aux objectifs fixés par le principe.

Outre son intervention substantielle grâce à son caractère répressif, le droit pénal semble également être nécessaire en matière économique par son aspect formel. En effet, le droit pénal doit être pris dans son ensemble, dont le caractère formel constitue assurément une des raisons de son recours en droit des affaires.

TITRE 2

LE PRINCIPE DE NECESSITE, MOTEUR DE L'INTERVENTION FORMELLE DU DROIT PENAL DANS LA VIE ECONOMIQUE

239. L'innovation d'un principe de nécessité procédural positif. Par opposition à l'intervention substantielle étudiée jusqu'à présent, l'intervention formelle s'intéresse à l'aspect procédural, au sens large, du principe de nécessité. Appréhendé classiquement sous un angle substantiel et plus spécialement quant aux peines, et plus rarement quant aux incriminations, le principe de nécessité joue un rôle considérable en procédure pénale. On l'a vu, d'un point de vue négatif, le principe de nécessité permet de limiter les mesures procédurales portant atteinte aux libertés fondamentales. Mais de façon plus originale, le principe de nécessité procédural, en tant qu'action positive, permet de légitimer l'intervention du droit pénal dans la vie économique. En d'autres termes, le droit pénal s'avère nécessaire en matière économique et financière par les outils procéduraux qu'il propose.

240. La procédure pénale, justification formelle de l'intervention du droit pénal en matière financière. Dès lors que le droit pénal apparaît comme nécessaire au plan substantiel, le domaine concerné sera régi par l'ensemble des dispositions du droit criminel et donc par la procédure pénale. L'intervention du droit pénal emportera inévitablement la compétence des juridictions répressives, elles-mêmes soumises aux règles de la procédure pénale. Toutefois, l'application des dispositions de procédure pénale dans le domaine financier n'est pas qu'une simple conséquence du recours à un texte d'incrimination, elle joue un rôle actif et justifie pleinement la nécessité du droit pénal. Même si des auteurs affirment à juste titre qu'une des raisons de l'intervention pénale dans la vie économique se situe dans le recours

à la procédure pénale et au juge pénal[1], notamment par rapport aux autorités de régulation[2], cette question est peu traitée par la doctrine. Cependant, le principe de nécessité tient un rôle fondamental en la matière, l'intervention de la procédure pénale n'étant jamais sans conséquence pour le justiciable.

Cette intervention positive du principe de nécessité dans le droit pénal de forme s'articule autour de deux pôles distincts. D'une part, l'intervention formelle du droit pénal se justifie par le recours aux mesures de procédure pénale à proprement parler, celles qui répondent à ses finalités traditionnelles[3], notamment de constatation des infractions, de recherche des auteurs et de réunion des preuves (Chapitre 1).

D'un autre côté, le principe de nécessité joue un rôle important concernant l'aspect organisationnel de la justice. Il est très tôt apparu que les juridictions de droit commun souffraient d'une inadaptation à la délinquance d'affaires, que ce soit au stade de l'enquête ou de l'instruction mais également au stade du jugement. Ce constat a pu permettre au législateur d'engager un mouvement de spécialisation de la justice pénale. Ainsi, le droit pénal justifie désormais son intervention en matière économique par la saisine d'autorités judiciaires compétentes et spécialisées (Chapitre 2).

[1] Y. GUYON, « De l'inefficacité du droit pénal des affaires », *art. préc.*, p. 41.

[2] D. BLANC, « Droit de la concurrence : la dépénalisation n'est pas la solution », *AJ Pénal* 2008, p. 69.

[3] S.GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n°3, p. 2.

CHAPITRE 1

L'ASPECT PROCEDURAL DU PRINCIPE DE NECESSITE EN MATIERE ECONOMIQUE

241. Les forces de la procédure pénale. Une des premières forces de la procédure pénale réside dans sa sévérité. La procédure pénale est le véritable bras armé du droit pénal, titulaire du pouvoir de contraindre physiquement les citoyens. La procédure pénale dispose en ce sens de nombreux moyens pour rechercher les preuves et les auteurs de l'infraction. De ce point de vue, les autres procédures sont inadaptées. Le recours à la procédure pénale se légitime également par l'inadaptation des autres procédures et notamment de la procédure administrative[4].

Deuxièmement, la procédure pénale a su s'adapter, ce qui justifie pleinement l'intervention pénale dans un domaine en constante évolution. Si l'intervention traditionnelle du droit pénal pouvait se justifier jusqu'à présent, « il lui est aujourd'hui demandé de se renouveler et de s'adapter, non plus seulement aux éléments techniques de la matière, mais encore à la délinquance elle-même dont les progrès ne cessent d'étonner »[5].

La procédure pénale est spécialement nécessaire dans deux domaines. D'une part, elle légitime l'intervention pénale dans la détection des infractions, terrain particulièrement ardu en droit pénal des affaires (Section 1). D'autre part, la procédure pénale a su s'adapter de

[4] C. DUFAU, « Les enjeux de la création d'un nouvel office centrale au sein de la direction centrale de la police judiciaire », *AJ pénal*, 2013, p. 641.

[5] M. BENEJAT, « La détection des fraudes fiscales : les nouveaux acteurs », *Dr. fiscal*, n° 46, 2014, p. 617.

manière significative en ce qui concerne l'établissement de la preuve (Section 2), phase fondamentale et préalable à la saisine des juridictions de jugement.

SECTION 1

LE RECOURS AU DROIT CRIMINEL ET LA DETECTION DES INFRACTIONS D'AFFAIRES

242. La délinquance économique et financière : des modes opératoires occultes et sophistiqués. Comme le souligne à juste titre un auteur, les infractions économiques nécessitent « de remonter des filières opaques mettant en relation des sociétés d'un même groupe et de démontrer des mécanismes financiers sophistiqués. Ces infractions ont souvent des implications internationales, qui compliquent leur preuve »[6]. Dans ce contexte, les autorités ne peuvent pas lutter contre la délinquance en col blanc avec les mêmes instruments qu'en matière de délinquance de droit commun, bien plus visible. Il faut pour cela accentuer la détection des infractions d'affaires, qui par nature n'apparaissent qu'à un cercle réduit de personnes. C'est en offrant les mesures permettant cette détection que le droit pénal peut se rendre nécessaire en matière économique.

Outre cette mise en lumière de l'infraction, les faits punissables doivent également faire l'objet d'une communication aux acteurs de la justice pénale. En ce sens, la remontée de l'information est primordiale puisque « procureur et juge d'instruction ne découvrent pas les dossiers de corruption en se promenant, il faut qu'ils soient alimentés »[7], ce qui empêche parfois que la justice soit saisie car les délinquants usent de mécanismes et de circuits financiers occultes qui rendent difficile la détection de l'infraction[8]. La détection des infractions

[6] Y. GUYON, « De l'inefficacité du droit pénal des affaires », *art. préc.*, p. 45.

[7] P. ROBERT, « La justice française et les affaires de corruption », *Déviance et société*, 1996, Vol. 20, n° 3, p. 240.

[8] C. MIANSONI, « La révélation aux juridictions pénales des infractions économiques et financières par les juridictions financières », *AJ pénal*, 2013, p. 644.

économiques et financières supposant davantage de moyens et de temps pour les autorités par rapport aux délits de droit commun, le droit pénal tire sa nécessité d'une prescription particulière permettant de lancer l'action publique pour des faits tardivement découverts (§1). En outre, cette mise en mouvement de l'action publique par le parquet s'apparente bien souvent à une dénonciation de l'infraction à cette autorité de poursuite, laquelle est essentielle s'agissant de comportements dissimulés (§2).

§1 - LA PRESCRIPTION EN DROIT PENAL DES AFFAIRES

243. Les nécessités d'une prescription particulière. Les infractions économiques et financières se distinguant par leur caractère occulte et la dissimulation, il est vite apparu que les délais de prescription étaient inadaptés en la matière[9]. En outre, une majorité des infractions d'affaires sont des délits instantanés qui se prescrivent par trois ans à partir de leur commission[10]. Dès lors, pour peu que l'auteur ait eu l'ingéniosité des brouiller les pistes et de dissimuler son méfait, le délai de prescription est difficilement tenable pour les autorités de poursuite. Le principe de nécessité, en tant qu'impulsion à l'intervention du droit pénal, doit permettre d'établir les règles procédurales conduisant à la répression. Avant le législateur, ce sont tout d'abord les juridictions qui ont senti la nécessité de contrer le caractère intrinsèquement occulte des infractions d'affaires. Ces dernières ont développé une théorie permettant la répression d'infractions normalement prescrites, le législateur ayant eu le souci d'intervenir pour asseoir textuellement et légitimer ce souhait d'une répression effective.

244. L'inadaptation des autres droits. Il convient de noter que du point de vue de la prescription, les autres branches du droit semblent peu adaptées à la délinquance d'affaires. A ce titre, l'Autorité de la concurrence ne peut sanctionner des comportements remontant à plus de trois ans[11]. Un délai légèrement plus long est prévu en matière boursière puisque l'Autorité

[9] J-F. RENUCCI, « Infractions d'affaires et prescription de l'action publique », *D*. 1997, chron., n° 16, p. 24.

[10] S.GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op. cit.*, n°1337 et s., p. 805.

[11] Art. L. 621-15 C. com.

des marchés financiers ne peut être saisie pour des faits datant de plus de cinq ans[12]. Au regard de la dissimulation intrinsèque des infractions d'affaires, ces délais semblent inappropriés en vue d'une répression effective. A l'inverse, le droit pénal a su développer des mécanismes justifiant son intervention dans le monde des affaires. En revanche, il convient de noter que le droit pénal et le droit administratif, et notamment la répression boursière, connaissent tous deux des causes interruptives de prescriptions. A ce titre, la Commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers et le Conseil d'Etat ont pu décider à plusieurs reprises que la décision d'enquête a un effet interruptif sur la prescription[13], tout comme la décision d'ouverture des procédures de contrôle[14] et la convocation à la séance[15].

Afin d'équilibrer les forces et d'offrir aux autorités d'enquête et de poursuite les moyens temporels de mettre en lumière une infraction occulte, deux solutions s'offraient au législateur. Il pouvait, d'une part, allonger le délai de prescription, solution la plus évidente (A). D'autre part, et de manière plus astucieuse, ce dernier pouvait retarder le point de départ du délai de prescription (B).

A - L'intérêt limitée de l'allongement du délai de prescription

245. Des délais initiaux peu adaptés à la délinquance économique. Le Code de procédure pénale a instauré des délais de prescription de l'action publique différents selon la gravité de l'infraction. Ainsi, ce délai était d'un an pour les contraventions, de trois ans pour les délits et de dix ans pour les crimes. Les infractions d'affaires étant majoritairement des délits instantanés, le délai triennal prévu par le législateur pouvait fréquemment être écoulé sans que l'infraction ne soit découverte. Comme le souligne un auteur, la délinquance économique se caractérise par la dissimulation et « faute de visibilité de l'acte délinquant, les autorités de poursuite sont dans l'ignorance de l'atteinte à l'ordre public et le délai de prescription de l'action publique peut parvenir à son terme sans déclencher de réponse pénale »[16]. Dans ces

[12] Art. L. 462-7 C. mon.fin.

[13] AMF, Comm. sanctions, 19 janv. 2006, SAN-2006-16.

[14] AMF, Comm. sanctions, 20 mars 2013, SAN-2013-08.

[15] CE, 29 janv. 2009, n° 323490 et n° 323492, inédits.

[16] A. DARSONVILLE, « Recul du point de départ de la prescription de l'action publique et suspension du délai : le flou actuel et à venir ? », *AJ pénal* 2016, p. 306.

conditions, les délais légaux apparaissaient peu adaptés à la délinquance d'affaires, qui par ruse, pouvait aisément éviter toute poursuite pénale. La réponse première à cette inadaptation a résidé dans l'allongement du délai de prescription de l'action publique.

246. L'allongement légal du délai de prescription. La solution la plus naturelle pour parvenir à la répression d'infractions difficilement détectables consiste à allonger le délai de prescription. Cette solution permet aux autorités d'enquête et de poursuites de disposer de davantage de temps tout en maintenant un délai fixe et butoir conformément aux exigences et aux fonctions de la prescription. En ce sens, le rapport sur la dépénalisation rendu en 2008 au garde des Sceaux a présenté de nombreuses critiques à l'encontre de l'imprescriptibilité *de facto* de certaines infractions, souhaitant revenir à une conception plus stricte des objectifs de la prescription. Parmi leurs recommandations, les auteurs du rapport ont proposé d'une part de fixer un point de départ du délai intangible correspondant à la date des faits et d'autre part d'allonger le délai de prescription en fonction de la pénalité encourue. Plus précisément, les auteurs du rapport proposent d'appliquer un délai de prescription de quinze ans pour les crimes, sept ans pour les délits punis d'une peine supérieure à trois ans d'emprisonnement, un délai de cinq ans pour les délits punis d'une peine inférieure à trois ans d'emprisonnement et un an pour les contraventions. Il convient de noter que cette solution serait de caractère général selon le rapport qui précise que « rien ne justifiant un régime dérogatoire en matière économique et financière »[17], cette dernière phrase ne pouvant être approuvée en raison des spécificités inhérentes aux infractions d'affaires. Néanmoins, cette proposition avait le mérite de la clarté et la cohérence, qualités essentielles en matière pénale.

Cet allongement légal de la prescription tant attendu est resté au stade de projet durant de nombreuses années, le législateur n'étant intervenu que ponctuellement en la matière. A titre d'exemple, la loi du 6 décembre 2013 a allongé le délai de prescription pour toutes les formes de fraude fiscale, passant de trois à six ans. C'est enfin par la loi n° 2017-242 du 27 février 2017 que le législateur a sensiblement modifié les règles de prescription en matière pénale. Cette loi est venue réécrire l'article 7 du Code de procédure pénale en prévoyant en matière de crime un délai de prescription de vingt ans au lieu des dix ans prévus auparavant. En matière délictuelle, la loi a également doublé ce délai de prescription, passant de trois à six ans en application de l'article 8 du code précité, tout en conservant un délai annuel pour les

[17] *La dépénalisation de la vie des affaires*, dir. J-M. COULON, *op. cit.*, p. 102.

contraventions. Le doublement des délais de prescription est assurément utile pour permettre de détecter davantage d'infractions d'affaires qui réclament un long processus de détection. Cependant, il est illusoire de penser englober toutes ces infractions grâce à un délai de six années, des délits étant particulièrement sophistiqués et occultes, ce qui justifie l'application d'un régime de prescription propre à la matière économique en passant par le recul du point de départ du délai.

B - L'intérêt discuté du recul du point de départ du délai de prescription

247. Une réponse à la faiblesse de l'allongement des délais de prescription. L'allongement des délais de prescription ne permettant pas une détection optimale des infractions d'affaires, il était nécessaire de recourir à une autre technique offrant une durée supplémentaire aux autorités pour déclencher l'action publique. C'est ainsi que dans un premier temps, la jurisprudence a eu le souhait de reculer de façon souveraine le point de départ du délai de prescription de nombreuses infractions d'affaires (1) avant que le législateur n'intervienne à son tour dans le même sens (2).

1) Les origines prétoriennes du recul du point de départ du délai de prescription

248. La clandestinité de l'infraction justifiant le recul du point de départ du délai de prescription. C'est par un arrêt du 4 janvier 1935 que la Chambre criminelle de la Cour de cassation a pour la première fois reculé le point de départ du délai de prescription d'une infraction[18], en qualifiant l'abus de confiance d'infraction clandestine. Se fondant sur l'adage civiliste « *contra non valentem agere, non currit praescription* »[19], les juges ont considéré que la prescription ne pouvait courir qu'au jour où l'infraction a pu être constatée dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique. D'après cette solution, le ministère public, n'ayant pas connaissance de l'infraction en raison de sa réalisation occulte, est dans

[18] Cass. crim., 4 janv. 1935 ; *Gaz. Pal.* 1935, 1, p. 352 ; *RSC* 1936, p. 86, obs. J.-F. CARRIVE.

[19] Selon lequel « contre celui qui ne peut agir en justice, la prescription ne court pas » : S. GUINCHARD, T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques 2016-2017*, op. cit., p. 281.

l'impossibilité d'exercer l'action publique. Dès lors, il est apparu souhaitable de reculer le point de départ de la prescription au jour où l'infraction a été constatée.

D'abord cantonnée à l'abus de confiance, la jurisprudence de la Cour de cassation a par la suite décliné cette théorie à d'autres infractions voisines. C'est ainsi que furent considérées comme des infractions clandestines l'abus de biens sociaux[20], le détournement de gage[21], la dissimulation des produits des jeux dans les cercles et casinos[22], ainsi que le recel d'abus de confiance et l'abus de biens sociaux[23]. Ouvrant encore davantage sa solution à d'autres infractions, la Cour de cassation l'a étendue à des atteintes à la probité comme les délits de trafic d'influence[24] et de favoritisme[25]. Il convient de relever que ce recul du point de départ du délai de prescription ne peut être réalisé qu'au cas par cas, les juges du fond devant établir les faits de dissimulation dans chaque affaire, sous contrôle de la Cour de cassation[26]. La répression étant une fonction originelle du droit pénal, cette théorie de l'infraction occulte a le mérite de parvenir à l'ouverture de plus d'enquêtes et par conséquent à plus de condamnations. Dans un souci de légitimer l'intervention du droit pénal, cette théorie est apparue nécessaire. Néanmoins, la jurisprudence de la Cour de cassation a, dès le départ, prêté le flanc à la critique d'une partie de la doctrine.

249. L'aspect *contra legem* de la théorie jurisprudentielle des infractions occultes. La principale critique formulée à l'encontre de la théorie des infractions clandestines résidant dans son caractère *contra legem* et l'atteinte qu'elle portait au principe de sécurité juridique[27]. La prescription telle qu'elle était prévue par le Code de procédure pénale aux articles 7, 8 et 9 s'articulait autour de deux idées, à savoir la sanction des autorités de poursuites négligentes et l'oubli de l'infraction. La solution retenue par la Cour de cassation allait à

---

[20] Cass. crim., 7 déc. 1967 ; *Bull. crim*. n° 321 ; *D.* 1968, p. 618, note J-M. R.

[21] CA Bordeaux, 9 oct. 1962 ; *JCP G* 1963, II, 13128, note J. LARGUIER.

[22] Cass. crim., 29 oct. 1984 *Bull. crim*. n° 323.

[23] Cass. crim., 6 févr. 1997, *Bull. crim*. n° 48 ; *D*. 1997, 334, note J-F. RENUCCI ; *Rev. sociétés* 1997, 146, obs. B. BOULOC ; *D. affaires* 1997, 780, note H. MATSOPOULOU (recel de l'abus de biens sociaux) ; Cass. crim. 7 mai 2002, *Bull. crim*. n° 108 ; *Dr. pén.* 2002, comm. 108, obs. M. VERON (recel de l'abus de confiance).

[24] Cass. crim. 19 mars 2008, *Bull. crim*. n° 71 ; *Dr. pén*. 2008, comm. 102, obs. M. VERON ; *Rev. pénit. dr. pén*. 2009, p.176, obs. M. SEGONDS.

[25] Cass. crim. 19 mai 2004, *Bull. crim.* n° 131 ; Cass. crim. 24 févr. 2010, inédit, pourvoi n° 09-83.988.

[26] Cass. crim., 27 oct. 1999, *Bull. crim*. n° 352 ; *Dr. pén*. 2000, comm. 27, obs. M. VERON.

[27] A. DARSONVILLE, « Recul du point de départ de la prescription de l'action publique et suspension du délai : le flou actuel et à venir ? », *art. préc.*, p. 306.

l'encontre de ces deux principes en permettant la condamnation de faits anciens alors que les autorités de poursuites n'ont jamais enclenché l'action publique. Il convient de relever que la Cour de cassation avait été saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité à ce sujet dans laquelle le prévenu soulevait l'incompatibilité des articles 7 et 8 précités tels qu'interprétés par la jurisprudence avec le principe de légalité et de prévisibilité de la loi garantis par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et le principe fondamental reconnu par les lois de la République de prescription de l'action publique. La Cour avait jugé qu'il n'y avait pas lieu à renvoi de cette question en affirmant que la prescription de l'action publique « ne procède […] d'aucune disposition, règle ou principe de valeur constitutionnelle » et en ajoutant « que les règles relatives au point de départ de la prescription de l'action publique sont anciennes, connues, constantes et reposent sur des critères précis et objectifs »[28]. Il est indéniable que les juges avaient laissé de côté une interprétation stricte de la loi pour faire place à un pragmatisme répressif. Cet aspect contraire à la loi, voire illégal selon un auteur[29], a sans doute eu le mérite de mettre en évidence le caractère inapproprié de la prescription classique en matière économique et financière et la nécessité de contrer la clandestinité des infractions d'affaires par un recul du point de départ du délai de prescription.

250. Les incohérences jurisprudentielles de l'infraction occulte. Une critique supplémentaire portée à cette jurisprudence concerne son aspect hétérogène et sa difficulté de compréhension. La liste des infractions qualifiées d'occultes variait au gré des arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation. Comme le rappelle Monsieur Guillaume LECUYER, « le *modus operandi* de la Chambre criminelle est d'enfermer les infractions clandestines dans une liste dont elle seule conserve la clé »[30]. En effet, il est aisé de relever un manque de cohérence et de continuité flagrant dans cette liste d'infractions. Par exemple, il apparaissait surprenant que le délit de favoritisme soit considéré comme une infraction clandestine alors que la corruption ne l'était pas. De même, la Cour de cassation avait censuré une cour d'appel pour avoir qualifié d'infractions occultes le faux et l'escroquerie[31] alors que cette solution aurait valablement pu se justifier. C'est pour ces raisons qu'en 2008, le rapport

[28] Cass. ass. plén. 20 mai 2011, pourvoi n° 11-90.033, *Bull. crim.* n° 6, pourvoi n° 11-90.025, *Bull. crim.* n° 7, pourvoi n° 11-90.032, *Bull. crim.* n° 8, pourvoi n° 11-90.042, *Bull. crim.* n° 5.

[29] J-F. RENUCCI, « Infractions d'affaires et prescription de l'action publique », *art. préc.*, n° 13, p. 23.

[30] G. LECUYER, « La clandestinité de l'infraction comme justification du retard de la prescription de l'action publique » ; *Dr. pén.*, n° 11, nov. 2005, étude 14, §10.

[31] Cass. crim. 27 mai 1991, *Bull. crim.* n° 222.

Coulon a notamment reproché à la Cour de cassation de varier ses solutions sur le moment où la dissimulation est censée avoir cessé[32], spécialement en matière d'abus de biens sociaux. Les auteurs dudit rapport avancent en ce sens un arrêt du 8 mars 2006 où la Chambre criminelle de la Cour de cassation avait proposé une solution critiquable sur la notion de dissimulation. La Haute juridiction avait considéré que la présentation des comptes sociaux n'avait pas fait courir le délai de prescription, même en l'absence de dissimulation. L'affaire concernait une société familiale, où le dirigeant versait un salaire fictif à l'un des salariés, à la connaissance de tous les associés et figurant sur les comptes. Les juges ont considéré que la présentation des comptes sociaux n'avait pas fait courir le délai de prescription au motif « qu'aucun des actionnaires connaissant l'usage abusif des biens sociaux n'avait intérêt à en faire la révélation à l'autorité judiciaire ou policière ».

Il apparaît évident que l'absence de solution fixe sur la qualification d'infraction occulte est préjudiciable à la sécurité juridique et à la compréhension de la jurisprudence. Critiquée par une majorité de la doctrine pour son caractère *contra legem* et son hétérogénéité, la solution prétorienne des infractions occultes a pointé du doigt un élément essentiel dans la répression des infractions d'affaires, celui de la nécessité d'adapter la prescription à cette forme de délinquance. Cette dernière a également obligé le législateur à intervenir dans un souci de clarté et pour donner une assise légale à cette solution particulièrement adaptée à la délinquance économique et financière.

2) L'intervention législative affirmant le recul du point de départ du délai de prescription

251. La consécration légale partielle de la théorie jurisprudentielle des infractions occultes. Prenant conscience de l'utilité d'une prescription adaptée en raison de la dissimulation des infractions d'affaires, le législateur est intervenu en deux temps pour consacrer, en partie, la théorie de la Cour de cassation. Dans un premier temps, la loi du 14 mars 2011 est venue modifier l'article 8 du Code de procédure pénale pour partiellement consacrer la théorie jurisprudentielle des infractions occultes[33]. Avec la réécriture du texte,

[32] *La dépénalisation de la vie des affaires*, dir. J-M. COULON, *op. cit.*, p. 97 et s.

[33] L. n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, JORF n°0062 du 15 mars 2011 page 4582.

diverses infractions telles que l'escroquerie ou l'abus de confiance ont vu leur délai de prescription reporté au jour « où l'infraction apparaît à la victime dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique ». La référence à la théorie jurisprudentielle de l'infraction occulte était ici évidente, permettant une intervention plus forte du droit pénal. Néanmoins, cette consécration légale du report du point de départ du délai de prescription n'était que partielle dans la mesure où elle ne concernait qu'une faible partie des infractions d'affaires et surtout, elle n'était applicable qu'en cas de vulnérabilité de la victime[34], ce qui s'apparente mal aux cas du droit pénal des affaires.

Il aura fallu un deuxième mouvement législatif pour asseoir légalement et de façon plus large le recul du point de départ du délai de prescription. Ainsi, la loi n° 2017-242 du 27 février 2017 est venue modifier sensiblement le régime de la prescription en matière pénale. Le dispositif légal a inséré un article 9-1 au sein du Code de procédure pénale qui dispose que « par dérogation au premier alinéa des articles 7 et 8 du présent code, le délai de prescription de l'action publique de l'infraction occulte ou dissimulée court à compter du jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique, sans toutefois que le délai de prescription puisse excéder douze années révolues pour les délits et trente années révolues pour les crimes à compter du jour où l'infraction a été commise ». On ne peut que féliciter cette consécration légale du retard du point de départ du délai de prescription en ce qui concerne les infractions occultes. Il ne fait nul doute que bon nombre d'infractions d'affaires seront concernées par cette nouvelle disposition. Il apparaît clairement que le législateur a pris en considération les particularités de la délinquance d'affaires en matière de prescription, ce qui justifie pleinement le recours au droit pénal dans la sphère économique. On notera tout de même que désormais, un délai maximum de douze ans est fixé par la loi, contrairement à la jurisprudence de l'infraction occulte qui permettait de rendre un délit quasiment imprescriptible. Cette limitation de la part du Parlement s'explique par la volonté de recadrer la théorie jurisprudentielle au sein du régime de la prescription et de ses objectifs ainsi que pour des raisons de preuves. Même si un abus de biens sociaux complexe est découvert plusieurs années après sa commission, il sera difficile pour les enquêteurs de détenir des éléments de preuves pertinents au-delà de douze ans, sachant notamment que les documents comptables ne doivent être conservés que dix ans[35]. De ce point de vue, la fixation

[34] En raison de « *son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou de son état de grossesse* ».

[35] Art. L. 123-22 C. com.

d'un délai butoir par le législateur apparaît raisonnable et conforme aux objectifs de la prescription. Malgré la nécessité de cette assise légale de la théorie jurisprudentielle, le législateur n'a pas résolu le problème du flou entourant la définition du caractère occulte, bien au contraire.

252. La définition maladroite de l'infraction occulte ou dissimulée par le législateur. Par le biais du nouvel article 9-1 du Code de procédure pénale, le législateur a eu le souhait de préciser, mais de façon maladroite, ce qu'était une infraction occulte ou dissimulée : « est occulte l'infraction qui, en raison de ses éléments constitutifs, ne peut être connue ni de la victime ni de l'autorité judiciaire » tandis qu'une infraction est dissimulée lorsque « l'auteur accomplit délibérément toute manœuvre caractérisée tendant à en empêcher la découverte ». Ainsi, il apparaît qu'une infraction est occulte en raison de ces éléments constitutifs, ce qui correspond à peu de délits pénaux, au surplus étrangers à la délinquance économique et financière[36]. A propos de la dissimulation, le législateur exige un acte intentionnel de la part de l'auteur de l'infraction pour masquer son délit, ce qui recouvre un champ d'application très vaste. En effet, près de la totalité des infractions d'affaires, et plus largement de toutes les infractions, sera concernée par cette définition. Par principe, tout délinquant vise à cacher son méfait aux autorités, ce qui permet de douter de la bonne définition proposée par le législateur. Même si l'insertion d'une telle disposition au sein du Code de procédure pénale permet de sécuriser la théorie jurisprudentielle en la matière, il n'est pas certain qu'elle atteigne un niveau de précision optimum, la souplesse des définitions légales permettant aux juges de retarder la prescription de presque toutes les infractions, dès lors que l'auteur aura réalisé une manœuvre pour masquer son délit. Malgré ces définitions peu heureuses, l'intervention législative en la matière était fortement attendue.

Comme nous l'avons vu, le droit pénal est nécessaire en matière économique car il propose une prescription adaptée à la complexité des infractions d'affaires, et ce contrairement aux autres branches du droit. En ce sens, un auteur a pu affirmer à juste titre que le contournement de la prescription « est l'affirmation politique selon laquelle la réponse aux atteintes à l'ordre public doit être une réponse pénale, et uniquement une réponse pénale »[37].

---

[36] Il s'agit par exemple du délit de simulation et dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil et prévu par l'art. 227-13 C. pén.

[37] A. DARSONVILLE, « Recul du point de départ de la prescription de l'action publique et suspension du délai : le flou actuel et à venir ? », *art. préc.*, p. 306.

Néanmoins, proposer un délai suffisamment long est une première étape. Toutefois, cette détection de l'infraction doit également être rapportée aux autorités d'enquête et de poursuites pour permettre l'exercice de l'action publique. Là encore le droit pénal justifie son intervention en prévoyant des facilités de mise en mouvement de l'action publique en matière économique.

§2 - L'EXERCICE DE L'ACTION PUBLIQUE EN DROIT PENAL DES AFFAIRES

253. Action publique et droit pénal des affaires. En application de l'article 1er du Code de procédure pénale, le déclenchement de l'action publique est réservé aux autorités publiques et plus précisément au ministère public, maître de l'opportunité des poursuites[38] mais également à la victime lésée. Cette dualité se retrouve évidemment en droit pénal des affaires, cette matière ne dérogeant pas à la règle. Néanmoins, il convient de noter qu'en matière de fraude fiscale, cette liberté du parquet connaît une entrave importante connue sous le nom de « verrou de Bercy ». Conformément à l'article L. 228 du Livre des procédures fiscales, le parquet ne peut engager des poursuites en matière fiscale que sur plainte préalable de l'administration et sur avis conforme de la Commission des infractions fiscales. Cette spécificité a fait l'objet de discussions lors de l'élaboration de la loi du 6 décembre 2013 et bon nombre d'acteurs, dont la Cour des comptes, suggéraient que le procureur national financier puisse décider d'engager de façon autonome les poursuites pour fraude fiscale aggravée. Cependant, cette entrave a été maintenue, ce que la doctrine n'a pas manqué de regretter, considérant qu'elle « fragilise considérablement la position du nouveau procureur financier dont on peut craindre qu'il ne devienne un outil aux mains de l'administration fiscale pour poursuivre les délits de fraude fiscale aggravée qu'elle voudra bien l'autoriser à poursuivre et cela, dans le plus parfait mépris du principe d'indépendance de l'autorité judiciaire »[39]. Début 2018, la question a refait l'objet de débats, menant à l'établissement d'une mission

[38] J.-P. DINTILHAC, « L'avenir du Parquet », *Commentaire*, 1/2001, n° 93, p. 80.

[39] C. CUTAJAR, « La lutte contre la grande délinquance économique et financière après le lois du 6 décembre 2013 », *Rev. pénit.* 2013, p. 783.

parlementaire par la commission des finances et des lois de l'Assemblée nationale[40]. Mis à part ce cas particulier, l'action publique est exercée conformément à l'article 1er du code précité, sans pour autant que la situation s'en trouve facilitée.

254. La remontée de la détection de l'infraction en droit pénal des affaires. La prérogative reconnue au ministère public par l'article 40 du Code de procédure pénale se trouve particulièrement réduite en matière économique et financière en raison du caractère occulte et dissimulé des infractions et de l'absence de victime identifiable[41]. De manière générale, cet article dispose que « le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner », ce qui s'avère limité en droit pénal des affaires. Comme le suggère l'analyse économique du droit, la personne la mieux placée pour détecter l'infraction et en informer les autorités compétentes est la victime elle-même[42]. C'est pourquoi l'action civile est d'une grande importance en droit pénal des affaires[43]. Dès lors, le principe de nécessité, en tant que moteur à l'intervention du droit pénal, devrait permettre que sa participation et sa collaboration soit accrue en matière économique, dans le souci d'un déclenchement plus aisé de l'action publique (A). Mais la participation de la victime s'avère délicate en la matière, ce qui a contraint le législateur à prévoir des modes de collaboration avec d'autres acteurs privés[44], bien placés pour être informés de la commission d'une infraction (B).

A - La difficile participation de la victime au déclenchement de l'action publique en droit pénal des affaires

255. La place minime de la victime en matière économique. Contrairement aux atteintes aux personnes, les infractions d'affaires laissent peu de place à la victime. Cette position s'explique notamment par le fait que la victime n'est parfois pas facilement identifiable. Tel est le cas, entre autres, des infractions fiscales, du blanchiment ou encore des atteintes à la probité. Ainsi, avant de pouvoir conférer à la victime un pouvoir dans le

[40] P. JANUEL, « Verrou de Bercy : la parole est à la justice », D. act. 19 janv. 2018.

[41] C. DUFAU, « Pour une modélisation de l'enquête judiciaire en matière de corruption », *AJ pénal*, 2013, p. 74.

[42] G. ROYER, *L'efficience en droit pénal économique*, *op. cit.*, n° 325, p. 348.

[43] PH. BONFILS, « L'action civile en droit pénal des affaires » ; *Dr. et pat*. 2006, n° 149, p. 82 et s.

[44] M. BENEJAT, « La détection des fraudes fiscales : les nouveaux acteurs », *art. préc.*, p. 620.

déclenchement de l'action publique en droit pénal des affaires (2), ce qui n'est pas toujours aisé (3), il eut fallu avant tout reconnaître à ces personnes cette qualité de victime (1).

1) L'acceptation d'une victime en droit pénal des affaires

256. La traditionnelle absence de qualité de victime des infractions économiques. De manière générale, la participation de la victime privée au procès pénal a toujours été appréhendée de façon restrictive. Comme le rappellent certains auteurs, l'action civile n'est confiée qu'à « une victime au sens de la procédure pénale, une « victime pénale », dont [le législateur] a eu une acception forcément restrictive […] »[45]. En d'autres termes, la victime autorisée à agir par la voie de la constitution de partie civile est celle protégée par le texte d'incrimination. Contrairement aux atteintes aux personnes, la difficulté première est d'identifier la victime pénale d'une infraction d'affaires. Outre le fait que cette criminalité financière peut toucher des victimes privées ou des victimes publiques[46], c'est surtout l'absence originelle de victime au sein de la théorie des infractions d'intérêt général qui pose difficulté. Traditionnellement, la doctrine considérait les infractions d'affaires comme des infractions d'intérêt général, dont la protection serait exclusive de celle des intérêts particuliers[47]. Comme le souligne Monsieur Stéphane DETRAZ, « l'infraction d'intérêt général est celle qui, par la définition de ses éléments constitutifs, est insusceptible de causer un dommage direct et personnel à quiconque »[48]. La conséquence première de cette théorie est de refuser toute action civile d'une personne ayant subi un préjudice découlant de l'infraction. Largement appliquée en matière économique [49], la théorie de l'infraction d'intérêt général empêchait la reconnaissance de la qualité de victime à des personnes ayant pourtant souffert de l'infraction. La Chambre criminelle de la Cour de cassation appliqua dès lors cette théorie dans son arrêt *Milhaud* rendu le 19 novembre 1959[50]. Se prononçant dans une affaire de hausse illicite des

---

[45] S.GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n°1142 et s., p. 723.

[46] J. PRADEL, « La criminalité financière : notions et principales manifestations », *art. préc.*, p. 50.

[47] S. GUINCHARD, « Grandeur et décadence de la notion d'intérêt général : la nouvelle recevabilité des actions civiles en cas d'infraction à la législation économique », in *Mélanges dédiés à Jean VINCENT*, Dalloz, 1981, n°5, p. 140.

[48] S. DETRAZ, « La théorie des infractions d'intérêt général : moribonde ou assainie ? » ; *Procédures*, déc. 2009, ét. n° 10.

[49] S. GUINCHARD, « Grandeur et décadence de la notion d'intérêt général : la nouvelle recevabilité des actions civiles en cas d'infraction à la législation économique » in *Mélanges dédiés à Jean VINCENT, op. cit.*, p. 137 et s.

[50] Cass. crim. 19 nov. 1959, *D.* 1960, jurisp., p. 463 et s., note G. DURRY.

prix, la Cour de cassation avait refusé les constitutions de partie civile de particuliers au motif, notamment, que l'infraction en cause ne défend que l'intérêt général.

En considérant les infractions économiques comme insusceptibles de causer un préjudice à une personne déterminée, la doctrine puis la jurisprudence privaient les autorités de poursuites d'un important vecteur de dénonciation et de collaboration. Ce refus était d'autant plus préjudiciable qu'en interdisant les constitutions de partie civile, la jurisprudence n'incitait aucunement les victimes à rapporter la réalisation d'une infraction. Or, la participation de la victime par le biais de la constitution de partie civile est une prérogative propre à la procédure pénale qui légitime son intervention et qui est nécessaire pour combattre la criminalité financière. La jurisprudence et le législateur semblent avoir pris conscience de cette nécessité en ouvrant davantage la constitution de partie civile en la matière.

257. L'acceptation progressive de la victime au procès pénal en matière économique. Un important revirement a été opéré le 28 avril 1977 à l'occasion d'un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation précisant qu'une infraction qui a pour dessein de protéger le marché immobilier peut également protéger des intérêts particuliers[51]. Cet arrêt a inauguré le détachement progressif de la jurisprudence avec la théorie des infractions d'intérêt général. Ce mouvement jurisprudentiel a été poursuivi et s'est étendu à plusieurs autres infractions économiques classiquement considérées comme des infractions d'intérêt général. Ainsi, les constitutions de partie civile sont désormais admises en matière de présentation de comptes inexacts[52], de favoritisme et de trafic d'influence[53] ou encore de travail clandestin[54]. Ces différentes infractions sont pourtant classiquement considérées comme protégeant un intérêt général, ce qui n'empêche pas la reconnaissance de la qualité de victime à certaines personnes souffrant de leur commission.

L'exemple le plus significatif de ce mouvement concerne sans doute l'infraction de délit d'initié. L'infraction de délit d'initié était depuis longtemps considérée par la doctrine comme une infraction d'intérêt général, ce que souligne Monsieur le Professeur Henri HOVASSE en ces termes : « les opérations [d'initiés], si immorales soient-elles, ne causent

---

[51] Cass. crim. 28 avr. 1977, *Bull. crim.* n° 144, *D.* 1977, IR, p. 424.

[52] Cass. crim. 30 janv. 2002, *Bull. crim.* n° 15 ; *Dr. pén.* 2002, comm. n°73, obs. J-H. ROBERT.

[53] Cass. crim. 10 mars 2004, *Bull. crim.* n° 64 ; *LPA* 2004, n° 237, p. 6 et s., note PH. BONFILS.

[54] Cass. crim. 6 févr. 2001, *Bull. crim.* n° 32 ; *D.* 2002, somm., p. 1457, obs. J. PRADEL.

aucun préjudice financier aux opérateurs »[55]. Le droit pénal boursier, qui constitue « la seule garantie efficace de la fiabilité et de la sécurité des marchés financiers »[56], semble donc exclure toute intervention d'un particulier via une constitution de partie civile. Néanmoins, la Chambre criminelle de la Cour de cassation, par un arrêt du 11 décembre 2002, a déclaré recevable la constitution de partie civile d'actionnaires du chef de délit d'initié commis à l'encontre de sociétés dans lesquelles ils détenaient des titres[57]. La Haute juridiction a justifié sa décision en précisant qu'« à le supposer établi, le délit d'initié est susceptible de causer un préjudice personnel direct aux actionnaires », solution reprise par le règlement UE 596/2014 à propos de l'ensemble des abus de marché[58]. Comme le rappelle le Code monétaire et financier, l'action civile pourra être exercée par des associations agrées de défense des investisseurs[59] ou des associations de défense d'actionnaires[60]. Cette possibilité doit néanmoins être nuancée depuis la loi n° 0144 du 21 juin 2016 qui rend irrecevable toute plainte avec constitution de partie civile si le procureur national financier n'a plus la possibilité de mettre en mouvement l'action publique conformément à l'article L. 465-3-6 du Code monétaire et financier[61]. Le point VII du texte prévoit que « par dérogation à l'article 85 du code de procédure pénale, une plainte avec constitution de partie civile pour des faits susceptibles de constituer un des délits mentionnés à la présente section n'est recevable qu'à la condition que le procureur de la République financier ait la possibilité d'exercer les poursuites ». En raison du système d'aiguillage instauré par le législateur en la matière, une plainte avec constitution de partie civile ne sera plus recevable si l'action publique elle-même ne peut plus être enclenchée, en vue d'éviter tout cumul de poursuite. Cette disposition, rare en procédure pénale[62], représente évidemment un frein aux constitutions de partie civile en matière boursière dans la mesure où l'Autorité des marchés financiers aura naturellement vocation à connaître en premier des éventuels manquements et à procéder à la notification des griefs, empêchant par-là l'exercice de l'action pénale.

---

[55] H. HOVASSE, *Dr. sociétés* 1992, comm. n° 189.

[56] A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON et R. SALOMON, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n°928, p. 428.

[57] Cass. crim. 11 déc. 2002, *Bull. crim*. n° 224 ; *Dr. pén*. 2003, comm. 35, obs. J-H. ROBERT ; *Gaz Pal*. 2003, 1, p.496, note C. DUCOULOUX-FAVARD ; *RTD com*. 2003, p.336, note N. RONTCHEVSKY.

[58] Règlement UE n° 596/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 sur les abus de marché, 23e et 47e consid.

[59] C. mon. fin., art. L. 452-1

[60] C. mon. fin., art. L. 225-120, I.

[61] « Le procureur de la République financier ne peut mettre en mouvement l'action publique […] lorsque l'Autorité des marchés financiers a procédé à la notification des griefs pour les mêmes faits […] ».

[62] E. DEZEUZE, « La refonte de la répression des abus de marché », *art. préc.*, p. 1451.

2) L'accès progressif de la victime au déclenchement de l'action publique

258. Les facilités en matière de corruption internationale. La loi n° 2000-595 du 30 juin 2000 avait institué un monopole du parquet pour la poursuite des délits de corruption internationale et étrangère, dont le champ d'application avait été réduit par la loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007. Un tel monopole excluait donc toute action par la voie de la constitution civile, jugée potentiellement abusive, et se justifiait notamment par le caractère d'intérêt général des infractions concernées[63]. Le législateur a pris conscience des limites d'un tel monopole eu égard à la faiblesse des poursuites engagées et a supprimé lesdites dispositions par la loi du 6 décembre 2013. Désormais, l'action publique peut être engagée par la voie de la constitution de partie civile, ce qui devrait permettre une plus grande répression en la matière.

En outre, la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 est venue faciliter la mise en action de l'action publique en matière de corruption étrangère. L'article 21 de ladite loi a créé des articles 435-6-2 et 435-11-2 au sein du Code pénal prévoyant une extension de l'application de la loi française lorsque l'infraction a été commise par un français, une personne résidant habituellement en France ou exerçant une partie de son activité sur le territoire de la République. Plus précisément, les dispositions font échec à la nécessité d'une réciprocité d'incrimination prévue par l'article 113-6 du Code pénal ainsi qu'au monopole d'action du ministère public et à la condition d'une plainte de la victime en application de l'article 113-8 du même code[64]. Pour les infractions de corruption et trafic d'influence affectant les intérêts d'un Etat étranger ou d'une organisation internationale publique connaissent donc des règles de compétence simplifiées, permettant une plus grande liberté d'action pour la victime. Dès lors, il apparaît que le législateur a eu le souhait de permettre une plus forte participation de la victime en la matière, ce qu'il faut saluer même si ce point doit être nuancé en matière boursière. L'action civile justifie donc pleinement le recours au droit pénal dans la vie des affaires.

259. L'action des associations. Dès un arrêt du 5 février 1984, la Chambre criminelle de la Cour de cassation avait accepté l'action civile d'une association non habilitée dès lors que celle-ci subissait un préjudice direct et personnel au sens de l'article 2 du Code de

[63] M. SEGONDS, « Commentaire de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière », *art. préc.*, n° 6.

[64] S. FUCINI, « Projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique », *D. act*. 5 avril 2016.

procédure pénale eu égard à la « spécificité du but et de l'objet de sa mission »[65]. Récemment, la loi du 6 décembre 2013 est venue consacrer le droit des associations de se constituer partie civile en matière d'atteinte à la probité. Confirmant la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation qui a admis l'action civile des associations de lutte contre la corruption dans le cadre de l'affaire dite « des biens mal acquis »[66], le législateur est venu insérer un article 2-23 dans le Code de procédure pénale. Le texte précise en ce sens que « toute association agréée déclarée depuis au moins cinq ans à la date de la constitution de partie civile, se proposant par ses statuts de lutter contre la corruption, peut exercer les droits reconnus à la partie civile ». Est concernée par ce nouveau mécanisme la totalité des manquements à la probité, à savoir, entre autres, la concussion, la corruption passive et le trafic d'influence par des personnes exerçant une fonction publique, la corruption de magistrat ou encore la prise illégale d'intérêts. Sont également concernées les infractions de recel et de blanchiment des manquements à la probité susvisés. Afin d'exercer les droits reconnus à la partie civile, les associations précitées doivent respecter un certain nombre d'exigences : celles-ci doivent être agréées, déclarées depuis au moins cinq ans à la date de la constitution de partie civile et prévoir la lutte contre la corruption au sein de leurs statuts. Il est important de noter que désormais les associations concernées pourront également se porter partie civile et donc saisir un juge d'instruction pour les infractions mentionnées aux articles 435-1 et suivants du Code pénal, à savoir la corruption d'agent public étranger[67]. Par un arrêt du 31 janvier 2018, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a rappelé que la liste d'infractions prévue à l''article 2-23 du Code de procédure pénale devait être interprétée strictement[68]. Une association agréée de lutte contre la corruption ne peut donc pas se constituer partie civile pour des faits qui ne relèvent pas de l'article précité. Néanmoins, cette possibilité réservée aux associations doit là encore, amener à une plus grande détection des infractions d'affaires. De ce point de vue, la procédure pénale constitue une raison du recours au droit pénal dans la matière économique.

---

[65] Cass. crim. 7 févr. 1984, *Bull. crim*. n° 41, à propos de l'affaire dite des "biens mal acquis" dans laquelle la Cour a énoncé qu'était « recevable la constitution de partie civile d'une association ayant pour objet la prévention et la lutte contre la corruption dans une affaire visant trois chefs d'Etat étrangers poursuivies pour détournement de fonds publics, abus de biens sociaux et recel, dès lors que ces infractions seraient de nature à causer à ladite association un préjudice direct et personnel ».

[66] Cass. crim. 9 nov. 2010, inédit, pourvoi n° 09-88.272, *D*. 2010. 2707, obs. S. LAVRIC ; *RSC* 2011. 858, obs. X. SALVAT ; *JA* 2010, n° 430, p. 11 ; *Bull. Joly* 2011, n° 128, p. 327, note D. CHILSTEIN ; *JCP* 2010. 1174, note C. CUTAJAR ; *Gaz. Pal*. 22-23 déc. 2010, note D. ROËTS.

[67] Art. 435-6 et 435-11 C. pén.

[68] Cass. Crim., inédit, pourvoi n° 17-80. 659.

3) La subsistance d'entraves à l'action de la victime en matière économique

260. L'impossibilité de saisir directement les juridictions spécialisées par voie de constitution de partie civile. Notons que les textes relatifs aux juridictions spécialisées font peu de cas des parties civiles. Jusqu'à la loi du 9 mars 2004, le législateur n'avait d'ailleurs prévu aucune disposition concernant les parties à propos des mécanismes de dessaisissement au profit d'une juridiction spécialisée. Néanmoins, la question de la saisine immédiate d'une juridiction spécialisée par une personne s'estimant victime n'a pas été réglée par les textes légaux. Dans un arrêt du 12 janvier 2005, la Chambre criminelle de la Cour de cassation est venue répondre à cette question[69]. En l'espèce, une personne avait saisi une juridiction d'instruction spécialisée au moyen d'une plainte avec constitution de partie civile pour des faits d'abus de confiance. La chambre d'instruction saisie de l'affaire avait estimé qu'une victime pouvait directement saisir une juridiction spécialisée à condition de respecter le critère de la complexité des faits. Au contraire, pour la Haute juridiction, « c'est à tort que la chambre de l'instruction a estimé qu'une partie était autorisée à se constituer partie civile directement devant une juridiction spécialisée en invoquant la complexité de l'affaire alors que la mise en œuvre des règles d'attribution prévues par les dispositions susvisées – à savoir les articles 704 et 705 du Code de procédure pénale – relève de la seule autorité judiciaire ». La partie civile ne peut donc pas saisir directement une juridiction spécialisée mais doit s'adresser au préalable à la juridiction compétente en application de l'article 52 du Code de procédure pénale. Rien ne garantit alors que le dossier sera transmis à la juridiction spécialisée, ce qui peut être préjudiciable pour la victime. Même si l'on peut comprendre la volonté de ne pas surcharger les juridictions spécialisées, on peut regretter cette impossibilité de saisine directe qui aurait sans doute permis une détection accrue des infractions d'affaires.

261. Le refus de l'action des associés en matière d'abus de biens sociaux. La jurisprudence affirme de façon constante[70] et « rigoureuse »[71] que seule la société possède la qualité de victime en matière d'abus de biens sociaux, ce qui empêche toute action de la part

[69] Cass. crim., 12 janv. 2005, *Bull. crim*. 2005 n° 15.

[70] Cass. crim., 12 févr. 1959, *Bull. crim*., n° 103, Cass. crim., 13 déc. 2000, *Bull. crim*., n° 373.

[71] PH. BONFILS, « L'action civile en droit pénal des affaires », *art. préc*., n° 149, p. 82 et s.

des créanciers[72], des salariés et des syndicats[73] et surtout, de celle des actionnaires et associés[74]. Il est traditionnellement admis que l'infraction d'abus de biens sociaux n'occasionne un dommage personnel et direct qu'à la société et non pas à chaque associé dans la mesure où l'incrimination vise à protéger l'intérêt social. A l'inverse, les associés sont admis à se constituer partie civile sur le fondement du délit de présentation ou de publication de bilan inexact[75], lequel assure la protection de la bonne tenue de la comptabilité[76].

La difficulté est pourtant grande pour les autorités de poursuites d'avoir connaissance d'un abus de biens sociaux réalisé au sein d'une société. Il apparaît alors souhaitable de favoriser la dénonciation par un membre de la société, ce qui n'est pas encouragé par la législation actuelle. En effet, deux possibilités peu satisfaisantes permettent de saisir une juridiction d'instruction pour dénoncer des faits d'abus de biens sociaux. Premièrement, l'action peut être engagée *ut universi* par les dirigeants sociaux pour le compte de la société. Cette voie possède un intérêt très réduit dans la mesure où le dirigeant est l'auteur de l'infraction, on comprendrait donc mal que ce dernier dénonce ses méfaits. Comme le soulignent certains auteurs, « les intéressés ne sont que peu enclins à tresser la corde qui servira à les pendre »[77]. D'un autre côté, les actionnaires peuvent engager l'action sociale *ut singuli*. Cette action a l'inconvénient d'être exercée pour le compte de la société, les possibles dommages-intérêts qui résulteront de la condamnation seront donc mis au compte de la personne morale, les actionnaires ne récoltant aucune indemnisation mais supportant tous les frais.

Le principe de nécessité, ayant assuré l'intervention du droit pénal dans la matière économique, se doit de lui donner les moyens utiles à une application effective. L'absence de participation de la victime au déclenchement de l'action publique est une lacune préjudiciant à l'application du droit pénal et à la répression qui pourrait s'en suivre. Le mouvement d'ouverture du procès pénal à la victime doit être salué, mais il reste bien souvent insuffisant face à la complexité des infractions d'affaires.

---

[72] Cass. crim. 27 juin 1995, *Bull. crim.*, n° 236, *Rev. sociétés*. 1995, p. 746, obs. B. BOULOC.

[73] Cass. crim. 27 oct. 1999, *Bull. crim*. n° 236.

[74] Cass. crim., 22 nov. 2017, inédit, pourvoi n° 16-84.154, *Dr. sociétés* 2018, comm. 16, obs. R. SALOMON ; Cass. crim. 9 mars 2005, inédit, pourvoi n° 04-85.825, *Dr. pén*. 2005, comm. n° 97, obs. J-H. ROBERT.

[75] Art. L. 242-6, 2°, C. com. s'agissant des SA et art. L. 241-3, 3°, s'agissant des SARL.

[76] Cass. crim., 16 avr. 2008, inédit, pourvoi n° 07-84.713.

[77] M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés, op. cit.*, n° 284, p. 163.

B - La nécessité d'élargir les sources de dénonciation en droit pénal des affaires

262. L'incitation dure ou souple à la dénonciation. Pour être nécessaire, le droit pénal doit offrir des mesures procédurales adaptées à la délinquance d'affaires et à la difficile détection de ses infractions. Aussi, le ministère public se situe en position de désavantage certain en la matière, ses chances d'être au courant d'infractions occultes étant limitées. Même si la victime, première source de dénonciation, voit son rôle s'accroître, force est de constater que cela s'avère en l'état insuffisant. De plus, même si l'alinéa 2 de l'article 40 du Code de procédure pénale précise que « toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs », cette obligation se trouve particulièrement réduite notamment en raison de l'absence de sanction. Une spécificité de la délinquance d'affaires réside dans sa technicité. Pour se réaliser, les infractions économiques nécessitent la participation de plusieurs acteurs, souvent spécialisés dans les domaines utiles à la commission du délit. Ainsi, les auteurs de blanchiment feront appel à des conseillers fiscaux, utiliseront le système bancaire et investiront dans l'immobilier[78]. L'utilisation de nombreux professionnels, parfois à leur insu, multiplie les chances de détection, chacun pouvant relever à son niveau une opération douteuse. Dans ces conditions, il est nécessaire de collaborer avec les personnes qui se situent au plus près du champ infractionnel. La dénonciation n'était jamais un acte aisé, il convient de l'inciter. Cette incitation peut être dure, c'est-à-dire correspondre à une obligation (1) dont le non-respect entraînera le prononcé de sanctions. A l'opposé, l'incitation peut être plus souple, et s'apparenter à un échange de services, le droit pénal offrant une contrepartie au dénonciateur (2).

1) La dénonciation par obligation

263. La collaboration des professionnels potentiellement en relation avec les délinquants d'affaires. Comme énoncé précédemment, la réalisation de bon nombre d'infractions économiques suppose le recours à des professionnels de secteurs utiles à leur

[78] E. VERNIER, *Techniques de blanchiment et moyens de lutte, op. cit.,* p. 52.

commission. Fort naturellement, les professionnels du droit, de la banque et de la finance, de par leurs activités, ont la possibilité d'être sollicités dans le cadre d'infractions économiques. Par exemple, il est unanimement reconnu que l'utilisation des réseaux bancaires est fondamentale dans la réalisation de certaines infractions comme le blanchiment ou la fraude fiscale[79]. C'est pour cette raison que le législateur a inséré dans le Code monétaire et financier un chapitre consacré aux « obligations relatives à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme ». Est concernée par cette obligation la quasi-totalité des professions susceptibles de faciliter une infraction économique, le législateur ayant eu la volonté de lui offrir un champ d'application particulièrement large. Ainsi, l'article L. 561-1 du même code dispose que les personnes qui « réalisent, contrôlent ou conseillent des opérations entraînant des mouvements de capitaux, sont tenues de déclarer au procureur de la République les opérations dont elles ont connaissance et qui portent sur des sommes qu'elles savent provenir de l'une des infractions mentionnées à l'article L. 561-15 ». De façon plus précise et exhaustive, l'article L. 561-2 dresse une liste des professions soumises à l'obligation de dénonciation. Parmi les vingt-sept secteurs concernés, il est intéressant d'y relever la présence naturelle des établissements bancaires[80], des avocats et des notaires[81] ou des compagnies d'assurance[82]. Ces personnes sont tenues, en application de l'article L. 561-15 du Code monétaire et financier, de déclarer à un organisme spécialisé[83], « les sommes inscrites dans leurs livres ou les opérations portant sur des sommes dont elles savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou participent au financement du terrorisme ». Notons d'une part que cette obligation de dénonciation est extrêmement large puisqu'elle concerne toute infraction punie d'au moins un an d'emprisonnement, ce qui est le cas de la très grande majorité des infractions d'affaires. De plus, les textes sont relativement souples en ce qu'ils n'exigent qu'un simple soupçon ou un début de soupçon de commission d'une infraction. Contrairement aux personnes visées par l'article L. 561-1 qui doivent dénoncer leur soupçon directement au procureur de la République, les professionnels mentionnés par l'article L. 561-2 doivent effectuer leur dénonciation auprès d'une cellule de renseignement financier, appelée Tracfin et dépendant directement du

[79] *Ibid*., p. 95.

[80] Art. L. 561-2, 1° C. mon. fin.

[81] Art. L. 561-2, 13° C. mon. fin.

[82] Art. L. 561-2, 2° C. mon. fin.

[83] Art. L. 561-23 et s. C. mon. fin.

Ministère de l'Economie. C'est cet organisme qui par la suite, transmettra la dénonciation au parquet compétent en application de l'article L. 561-30-1 du Code monétaire et financier. On ne peut que féliciter une telle adaptation du droit pénal pour lutter contre la délinquance économique et financière, justifiant totalement son implication dans le monde des affaires. Cette contribution des professionnels du secteur juridique et financier au sens large rend pleinement nécessaire le droit pénal dans la sphère économique. A côté de ces professions qui sont potentiellement en relation avec des délinquants d'affaires, il était opportun de prévoir un mécanisme de dénonciation pour les personnes exerçant leurs fonctions au sein de la société, bien souvent théâtre d'infractions financières.

264. La collaboration des professionnels au sein de l'entreprise. Mis à part le système bancaire et financier, il est un autre lieu propice aux infractions d'affaires : la société. La société, acteur économique par excellence, peut proposer un terrain favorable à la réalisation d'infractions d'affaires mais peut également en être la victime. Dans ces conditions et dans le souhait d'une détection accrue et d'une remontée de l'information au ministère public, diverses obligations sont mises à la charge des professionnels ayant une parfaite connaissance des activités financières de la société. Ainsi, l'article L. 820-7 du Code de commerce impose au commissaire aux comptes, sous la menace d'une peine de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende, de dénoncer directement au procureur de la République les faits délictueux dont ils ont connaissance. Même si ce texte est de portée générale et peut concerner des comportements éloignés de la sphère économique, il a vocation à permettre une détection effective des infractions économiques et plus particulièrement celles touchant aux comptes sociaux[84]. Le commissaire aux comptes étant la personne la mieux placée pour détecter une éventuelle infraction dissimulée dans les comptes sociaux, il était nécessaire de l'impliquer dans le mécanisme de dénonciation au ministère public. Une fois encore, le droit pénal sait se donner les moyens d'être nécessaire dans la matière économique et financière, même si la justice pénale reste concurrencée par les autorités de régulation.

265. La collaboration des autorités de régulation. Les autorités administratives indépendantes, en ce qu'elles exercent leurs prérogatives sur un secteur d'activités bien précis, sont amenées à connaître en priorité de la commission d'infractions d'affaires. Ainsi, il est

[84] Cass. crim., 12 janv. 1981, *Bull. crim.* n° 10 ; *JCP G*, II, 19 960, note Y. GUYON.

prévu que ces autorités soient contraintes de dénoncer au ministère public les faits dont elles ont connaissance et qui relèvent d'un comportement pénal. En ce sens, l'article L. 621-20-1 du Code monétaire et financier prévoit que l'Autorité des marchés financiers est tenue d'informer le ministère public de tout crime ou délit dont elle a connaissance. On retrouve une obligation similaire à la charge de l'Autorité de la concurrence, qui doit, en vertu de l'article L. 462-6 du Code de commerce, transmettre au parquet tout dossier de nature à justifier l'application de l'article L. 420-6 concernant la participation d'une personne physique à une pratique anticoncurrentielle. Dans la mesure où ces autorités ont vocation à être les premières à détecter des comportements suspects dans leur secteur d'activités, il était nécessaire de les impliquer dans le processus de dénonciation à l'autorité pénale. De ce point de vue, cette collaboration justifie entièrement l'intervention du droit pénal dans la sphère économique notamment face à ces autorités de régulation qui lui sont concurrentes. Les obligations de dénonciations prévues par ces textes spéciaux ne sont que la reprise de l'obligation générale reposant sur « toute autorité constituée » et découlant de l'article 40 du Code de procédure pénale précité.

Outre ces obligations de dénonciation, le droit pénal fait preuve d'une certaine souplesse pour inciter à la collaboration, en proposant une contrepartie en échange d'informations.

2) La dénonciation par contrepartie

266. Le mécanisme de la contrepartie incitant à la dénonciation. Il est évident que toute personne sera davantage encline à respecter son obligation s'il y existe une contrepartie. Comme vu précédemment, cette contrepartie peut être négative et correspondre à une sanction en cas de non-respect, forme traditionnelle de la norme pénale. Néanmoins, il est parfois difficile d'appliquer un système de portée générale à la délinquance d'affaires et à ses spécificités. Dès lors, le législateur a saisi que si le droit pénal voulait être nécessaire dans la sphère économique, il fallait l'adapter aux exigences de la matière. Tranchant avec la conception traditionnelle du droit criminel qui veut qu'une obligation soit assortie d'une peine en cas de non-respect, le législateur a eu le souci de procéder de manière plus souple en proposant une contrepartie positive en faveur du dénonciateur en échange de l'information de la commission d'une infraction. Ce mécanisme doit être d'autant plus approuvé en droit pénal des affaires puisque le délinquant est particulièrement attentif au calcul avantages-coûts et la mise en balance des divers intérêts.

267. La protection des lanceurs d'alerte. Confrontées à une délinquance de plus en plus animée par le secret et caractérisée par son aspect obscure, les autorités ont eu le souhait de s'adjoindre les services des personnes les plus proches du fait infractionnel. Sont notamment concernés à ce titre les salariés, qui par leurs fonctions, ont vocation à connaître de faits possiblement délictueux commis au sein de leur entreprise. Ces personnes, qui portent à la connaissance de leurs employeurs ou des autorités des faits répréhensibles, portent le nom de lanceurs d'alerte. En raison de la situation délicate et notamment du point de vue professionnel dans laquelle ces derniers se placent, et afin de garantir une effectivité des dénonciations, le législateur leur fait bénéficier d'un cadre de protection particulier. Dans un premier temps, la loi du 13 novembre 2007 est venue introduire un article L. 1161-1 au sein du Code du travail protégeant le salarié qui, de bonne foi, dénonce des faits de corruption dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions. La protection a par la suite été étendue aux cas de conflits d'intérêts par la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique mais c'est surtout la loi du 6 décembre 2013 qui a procédé à l'extension de la protection la plus importante. Cette loi a créé un article L. 1132-3-3 dans le Code du travail, modifié depuis par la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016, qui accorde une protection aux lanceurs d'alerte qui ont témoigné de tous faits constitutifs d'un délit ou d'un crime, non seulement à leur employeur ou aux autorités mais également à un tiers. Plus précisément, cette protection vise à empêcher toute sanction professionnelle à l'égard du lanceur d'alerte tel que le licenciement. Il convient de noter qu'en cas de litige, la loi prévoit un renversement de la charge de la preuve au bénéfice du salarié, ce qui oblige l'employeur à prouver que sa décision est étrangère à la révélation. Cette protection, également accordée aux fonctionnaires, justifie l'intervention du droit pénal en matière économique, ce dernier ayant su adapter ses règles de droit commun aux spécificités de la criminalité financière.

268. La création d'un fait justificatif. Outre la protection professionnelle accordée par l'article L. 1132-3-3 du Code du travail, la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 est venue créer un nouveau fait justificatif au sein du Code pénal. Désormais, l'article 122-9 énonce que « n'est pas pénalement responsable la personne qui porte atteinte à un secret protégé par la loi, dès lors que cette divulgation est nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause, qu'elle intervient dans le respect des procédures de signalement définies par la loi et que la personne répond aux critères de définition du lanceur d'alerte prévus à l'article 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique ». Ce nouvel article correspondant à un

nouveau fait justificatif légal, créée une cause objective d'impunité au bénéfice du salarié dénonçant une infraction. En accordant une protection professionnelle couplée d'une protection pénale, le législateur a eu le souhait évident d'inciter la dénonciation de la part des salariés, eu égard à leur proximité du fait infractionnel. De ce point de vue, le droit pénal justifie pleinement son intervention dans la sphère économique en se donnant les moyens de la répression et en faisant preuve d'une grande adaptation. Cependant, à côté du salarié qui demeure un tiers à l'infraction, il était nécessaire de s'adjoindre les services de la personne la plus à même de révéler le délit : le délinquant lui-même.

269. La collaboration des délinquants avec les autorités publiques. La dénonciation des infractions d'affaires est également régie par une relation d'échange entre les délinquants eux-mêmes et les autorités publiques. En offrant une réduction de peine, le législateur incite pleinement à la dénonciation de la part du délinquant qui va commettre ou a commis une infraction. Pour un auteur, ce type de dénonciation « est pour l'autorité judiciaire une aubaine »[85]. Ces personnes, dénommées « repentis », sont les acteurs d'un système connu de longue date des pratiques judiciaires mais qui dispose aujourd'hui d'une assise légale[86]. Ainsi, avec la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, le législateur avait déjà prévu de façon générale une exemption ou une diminution de peine pour les repentis, évidemment applicable en droit pénal des affaires. Le texte de référence, l'article 132-78 du Code pénal prévoit en ce sens que « la personne qui a tenté de commettre un crime ou un délit est, dans les cas prévus par la loi, exempte de peine si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, elle a permis d'éviter la réalisation de l'infraction et, le cas échéant, d'identifier les autres auteurs ou complices. Dans les cas prévus par la loi, la durée de la peine privative de liberté encourue par une personne ayant commis un crime ou un délit est réduite si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, elle a permis de faire cesser l'infraction, d'éviter que l'infraction ne produise un dommage ou d'identifier les autres auteurs ou complices ». Comme le précise le texte, cette exemption de peine n'est possible que si les dispositions régissant l'infraction le prévoient expressément. A l'origine réservé à des infractions de droit commun particulièrement graves

[85] C. DUFAU, « Pour une modélisation de l'enquête judiciaire en matière de corruption », *art. préc.*, p. 74.

[86] C. DUFAU, « Les enjeux de la création d'un nouvel office centrale au sein de la direction centrale de la police judiciaire », *art. préc.*, p. 641.

comme l'assassinat[87] ou le trafic de stupéfiants[88], la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 est venue élargir le champ d'application du mécanisme des repentis. Ces nouvelles dispositions, par ailleurs jugées conformes à la Constitution[89], insèrent pleinement la délinquance financière dans ce mécanisme de réduction de peines. Désormais, le système de la repentance concerne la délinquance économique en touchant le blanchiment[90], la fraude fiscale[91], la corruption publique[92], la corruption judiciaire[93], la corruption publique étrangère et internationale[94] et enfin la corruption judiciaire étrangère et internationale[95]. Notons que mis à part le blanchiment, seule la réduction de peine de moitié est prévue en cas de dénonciation permettant de faire cesser l'infraction et non la dénonciation qui permet d'éviter l'infraction. Cette différence est peu justifiable. Pourquoi ne pas permettre une exemption de peine pour la personne qui dénonce des faits et des personnes permettant d'éviter une infraction ? Malgré un certain manque de clarté au premier alinéa de l'article 132-78 du Code pénal, il eut été nécessaire de prévoir une hypothèse d'exemption de peine permettant une détection plus accrue des infractions d'affaires. Toutefois, il faut reconnaître que cette ouverture du mécanisme de repenti est particulièrement nécessaire en droit pénal des affaires, où les délinquants recherchent le maximum de profit tout en évitant le maximum de sanction. L'offre faite par les autorités de réduire ou d'écarter la peine permet sans aucun doute la dénonciation au sein de réseaux délinquants. L'auteur étant particulièrement bien placé pour porter à la connaissance du ministère public la réalisation d'une infraction, il était nécessaire d'étendre ce mécanisme à la matière économique et financière. La repentance aura d'autant plus de chance de prospérer au sein de la délinquance d'affaires que cette dernière est bien souvent constituée en réseaux, où de nombreux intervenants se succèdent. Néanmoins, comme le relève Monsieur le Professeur Marc SEGONDS, le législateur a omis de soumettre la corruption privée au mécanisme de la

[87] Art. 221-5-3 C. pén.

[88] Art. 222-43-1 C. pén.

[89] Cons. const., 4 déc. 2013, ibid., 18e consid.

[90] Art. 324-6-1 C. pén.

[91] Art. 1741 CGI.

[92] Art. 432-11-1 et 433-2-1 C. pén.

[93] Art. 434-9-2 C. pén.

[94] Art. 435-6-1 C. pén.

[95] Art. 435-11-1 C. pén.

repentance, ce qui apparaît préjudiciable dans la mesure où cette forme de corruption n'est pas inconnue de la délinquance organisée[96].

Comme nous avons pu le voir, le principe de nécessité a permis au législateur, souvent aidé par la jurisprudence, de tendre vers la procédure pénale la plus adaptée pour détecter les infractions économiques et financières, justifiant pleinement son recours. Au-delà de la détection, qui constitue une première étape, le droit pénal légitime entièrement son rôle en matière économique concernant l'établissement de la preuve, qui s'avère délicat à l'encontre de la délinquance en col blanc.

[96] M. SEGONDS, « Commentaire de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière », *art. préc.*, n° 3.

SECTION 2

LE PRINCIPE DE NECESSITE ET L'ETABLISSEMENT DE LA PREUVE DES INFRACTIONS D'AFFAIRES

270. Les difficultés probatoires inhérentes à la délinquance d'affaires. Deux principales caractéristiques des infractions financières rendent la recherche et l'établissement de la preuve difficiles en la matière. Outre l'internationalisation croissante de la délinquance économique, la réalisation de ses infractions est certes dissimulée mais également technique. Comme le souligne en ce sens Monsieur le Professeur Jean PRADEL, « la criminalité financière […] est subtile, technique, […] de sorte que le travail des policiers et des magistrats est rendu singulièrement délicat »[97]. Contrairement à la délinquance de droit commun, la délinquance en col blanc use de nombreux stratagèmes sophistiqués pour masquer ses méfaits et brouiller au mieux les pistes des enquêteurs. Cette dissimulation peut prendre la forme de versements en liquide dans les cas les moins ingénieux jusqu'à l'utilisation de sociétés-écran étrangères dans les hypothèses les plus poussées. De plus, même si des preuves venaient à être révélées, encore faut-il être en mesure d'en détecter les éléments fondamentaux, tant la matière est technique et complexe. Dans ces conditions, les enquêteurs se retrouvent en position de désavantage certain face aux délinquants d'affaires les plus ingénieux, ce qu'il était nécessaire d'équilibrer pour justifier le recours au droit pénal.

271. Facilités probatoires et loyauté de la preuve. Pour faire face aux difficultés ci-avant exposées, le droit pénal a dû adapter ses moyens de preuve en matière économique, au

[97] J. PRADEL, « La criminalité financière : notions et principales manifestations », *art. préc.*, p. 50.

risque de rester en position de faiblesse face à une délinquance toujours plus ingénieuse. Néanmoins, l'établissement de la preuve ne peut pas s'opérer de façon trop permissive et doit respecter un certain nombre de principes. Parmi ces principes, celui de la loyauté de la preuve impose par exemple que les autorités ne puissent verser aux débats les éléments recueillis par ruse ou dissimulation[98]. Ainsi, pour justifier pleinement le recours au droit pénal dans le domaine financier, il était nécessaire de prévoir des moyens spéciaux dans la recherche de la preuve (§1), ce qui permet aux autorités d'enquête de constituer un dossier conséquent en vue d'un possible procès. Néanmoins, récolter de nombreuses preuves factuelles ne permet pas forcément de caractériser les éléments constitutifs de l'infraction et d'établir la culpabilité de son auteur. Aussi, le droit pénal des affaires fait preuve de certaines largesses en facilitant au maximum la caractérisation de l'infraction (§2).

§1 - L'INTEGRATION D'INFRACTIONS D'AFFAIRES DANS LE CHAMP DE LA PROCEDURE DEROGATOIRE DE LA CRIMINALITE ORGANISEE

272. La nécessité de recourir à des mesures d'enquêtes spéciales. En matière de criminalité organisée, il est apparu que les mesures à disposition des enquêteurs s'avéraient faibles au regard de la dangerosité et des difficultés de détection des infractions concernées. La loi dite « Perben II » est donc venue prévoir un cadre procédural dérogatoire, permettant l'application de mesures spéciales d'enquête particulièrement fortes et attentatoires aux libertés individuelles. De l'aveu même de la doctrine et des autorités, cette loi est la consécration du principe de nécessité de la réponse pénale[99]. En raison de ses liens avec la criminalité organisée et transfrontière, la délinquance économique disposait d'arguments pour se voir appliquer ce régime spécial. Au regard de sa complexité, des difficultés dans la détection et l'établissement des preuves, il est apparu nécessaire au législateur d'intégrer certaines infractions d'affaires particulièrement graves dans ce cadre dérogatoire. Le principe de nécessité en procédure pénale,

[98] P. VOULAND, « L'exercice quotidien de la fonction de défense et la loyauté de la preuve », *AJ pénal* 2005, p. 275.

[99] J. PRADEL, « Vers un "aggiornamento" des réponses de la procédure pénale à la criminalité. Apports de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 dite Perben II. Seconde partie », *art. préc.*

par son aspect positif et interventionniste, a guidé le législateur qui a étendu le recours par les enquêteurs aux techniques spéciales en matière économique (A), permettant d'user de moyens d'enquêtes dérogatoires du droit commun (B).

A - L'intégration progressive des infractions financières

273. Les liens entre la criminalité organisée et la délinquance d'affaires. La loi dite « Perben II » du 9 mars 2004 a instauré un régime procédural spécial[100] applicable à l'enquête, la poursuite, l'instruction et le jugement d'infractions graves qui sont fréquemment réalisées par la criminalité organisée. Etaient ainsi concernées en 2004 par l'article 706-73 du Code de procédure pénale des infractions comme les tortures et actes de barbarie commis en bande organisée (2°) ou le proxénétisme aggravé (6°). Or, le texte d'origine laissait peu de place aux infractions économiques, pourtant bien connues des réseaux criminels. Il était uniquement possible de relever la présence du vol commis en bande organisé (7°), seulement si celui-ci présentait des éléments de gravité suffisante[101], du faux monnayage (10°) et du blanchiment et du recel des infractions énumérées par le texte (14°). On ne peut nier que la criminalité organisée est fréquemment impliquée dans des infractions d'atteintes aux personnes, ce qui justifie leur place prépondérante au sein de l'article 706-73. Néanmoins, elle n'est pas étrangère à la délinquance économique et aux infractions d'affaires qu'elle réalise pour financer ces activités[102]. De ce point de vue, la délinquance organisée entretient des liens étroits avec la délinquance financière, cette dernière s'étant considérablement organisée, complexifiée et internationalisée depuis plusieurs années[103]. Au regard de ce qui précède, il était nécessaire d'associer davantage d'infractions économiques dans le système dérogatoire applicable à la délinquance organisée. Cette intégration fut l'œuvre d'un mouvement législatif progressif et notamment par la loi du 6 décembre 2013 à la suite de laquelle la circulaire du 23 janvier 2014

[100] Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JORF n° 59 du 10 mars 2004, p. 4567.

[101] Cons. const., 2 mars 2004, DC n° 2004-492, 17e et 19e consid.

[102] E. VERNIER, *Techniques de blanchiment et moyens de lutte*, *op. cit.*, p. 11 et s.

[103] M. SEGONDS, « Commentaire de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière », *art. préc.*, n° 2.

n'a pas manqué de rappeler que la délinquance économique « s'apparente de plus en plus à la criminalité organisée « classique » »[104].

274. L'élargissement de la procédure dérogatoire à la délinquance d'affaires. L'intégration d'infractions économiques au sein du système procédural dérogatoire de la criminalité organisée était devenue une nécessité pour légitimer le recours au droit pénal dans la sphère financière. Aussi, le législateur est intervenu à plusieurs reprises pour insérer diverses infractions d'affaires dont la poursuite, l'enquête et le jugement sont soumis aux dispositions procédurales spéciales. En ce sens, la loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007 a créé un article 706-1-3 au sein du Code de procédure pénale pour appliquer aux atteintes à la probité les techniques d'enquête spéciales de la criminalité organisée. Cette intégration aux délits de corruption ou de trafic d'influence devait être saluée dans la mesure où ce sont des infractions particulièrement occultes dont la détection n'est pas aisée pour les autorités d'enquête. Dans un second temps, la loi du 6 décembre 2013 a considérablement élargi le champ d'application des mesures spéciales d'enquête à la délinquance économique. Cette loi a modifié et réécrit l'article 706-1-1 du Code de procédure pénale pour y lister les infractions concernées par une partie de la procédure dérogatoire. Logiquement, le texte insère désormais l'ancien article 706-1-3 abrogé à propos des atteintes à la probité dans un souci de lisibilité. Mais la nouveauté concerne l'intégration de la fraude fiscale prévue aux articles 1741 et 1743 du Code général des impôts lorsqu'elle est commise en bande organisée ou lorsqu'elle présente des caractéristiques issues de l'article L. 228 du Livre des procédures fiscales[105]. Le législateur a également eu le souhait d'intégrer les délits douaniers des articles 414 et 415 du Code des douanes[106] lorsqu'ils sont punis d'une peine d'emprisonnement supérieur à cinq ans. Il est important de noter que les techniques spéciales d'enquête sont également applicables au blanchiment des délits susvisés en application du dernier alinéa de l'article 706-1-1 du Code de procédure pénale. Enfin, la loi du 6 décembre 2013 a également modifié l'article 706-1-2 du Code de procédure pénale pour

[104] Circ. du 23 janv. 2014 relative à la présentation de la loi n° 2013-1117 en date du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, p. 1.

[105] Cet article prévoit cinq cas qui aggravent la fraude fiscale notamment en raison notamment de l'utilisation d'une personne interposée (2°), d'une domiciliation fiscale fictive (4°) ou de toute autre manœuvre destinée à égarer l'administration fiscale (5°).

[106] Portant respectivement sur la contrebande et le transfert international du produit d'une infraction.

insérer les délits d'abus de biens sociaux aggravés[107] au sein de la procédure applicable à la délinquance organisée mais excluant l'application de l'article 706-106 sur la livraison contrôlée en matière d'armes. Il est difficile de saisir pourquoi le législateur a eu le souhait d'inclure cette mesure d'enquête concernant toutes les infractions précitées mais d'exclure l'abus de biens sociaux. Dernièrement, relevons que la loi n° 2016-819 du 21 juin 2016 a créé un 4° au sein de l'article 706-1-1 précité pour y inclure les délits boursiers prévus aux articles L. 465-1 à L. 465-3-3 du Code monétaire et financier lorsqu'ils sont commis en bande organisée. Mise à part cette distinction concernant de l'abus de biens sociaux qui ne se justifie pas, le schéma mis en place par le législateur doit être salué. En effet, ce dernier a pris conscience que certaines infractions d'affaires étaient particulièrement difficiles à détecter, surtout lorsqu'elles sont réalisées par des bandes organisées, et qu'il était nécessaire de recourir à des méthodes d'enquête spéciales pour justifier l'intervention du droit pénal en la matière. Cette intégration est d'autant plus justifiée que le législateur a pris le soin de n'inclure que les formes aggravées des infractions notamment en raison de la bande organisée ou de méthodes financières de dissimulation. Dans ces conditions, l'application de mesures procédurales dérogatoires se justifie pleinement, renforçant encore davantage le recours au droit pénal.

B - Des moyens d'enquête exorbitants

275. Les mesures et techniques d'enquête spéciales applicables à la délinquance économique. Pour faire face à une criminalité toujours plus habile et organisée, la loi du 9 mars 2004 est venue insérer des moyens d'enquête fortement dérogatoires du droit commun[108] pour permettre d'établir au mieux les preuves d'infractions et d'en identifier les auteurs. Tout d'abord, les enquêteurs ont la possibilité d'exercer une extension de compétences aux fins de surveillance[109]. Ce moyen d'enquête n'était pas inconnu du droit pénal et se retrouvait notamment en matière de trafic de stupéfiants. Pour les infractions économiques visées par la loi, la police judiciaire aura la capacité d'étendre la surveillance à l'ensemble du

[107] Lorsque l'infraction a été réalisée ou facilitée « au moyen soit de comptes ouverts ou de contrats souscrits auprès d'organismes établis à l'étranger, soit de l'interposition de personnes physiques ou morales ou de tout organisme, fiducie ou institution comparable établis à l'étranger ».

[108] J. PRADEL, « Vers un "aggiornamento" des réponses de la procédure pénale à la criminalité. Apports de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 dite Perben II. Seconde partie », *art. préc.*

[109] Art. 706-80 C. pr. pén.

territoire national après en avoir informé le procureur de la République compétent. Lorsque cela s'avère nécessaire, les autorités d'enquête peuvent également user de l'infiltration[110], qui consiste « à surveiller des personnes suspectées de commettre un crime ou un délit en se faisant passer, auprès de ces personnes, comme un de leurs coauteurs, complices ou receleur ». Ce type d'enquête dite proactive est particulièrement adapté aux infractions d'affaires dans lesquelles la victime est peu encline à la dénonciation et à la plainte[111]. C'est donc à la police de jouer un rôle déterminant dans la recherche des indices et des preuves. Ce moyen d'enquête, particulièrement dur, est strictement encadré et tente de ménager le principe du contradictoire. L'interception des correspondances, prévue à l'article 706-95 du Code de procédure pénale, est également prévue en matière de délinquance économique et financière, tant au stade traditionnel de l'instruction qu'à celui de l'enquête préliminaire ou de flagrance. Dans un cadre similaire, les agents ont la possibilité de capter, fixer, transmettre et enregistrer des paroles dans des lieux ou véhicules privés ou publics, ou d'images dans un lieu privé[112]. Cette mesure, sans doute une des plus attentatoires à la vie privée et à l'inviolabilité du domicile, permet de connaître les conversations privées d'un suspect. L'encadrement strict de ce moyen d'enquête et l'intervention constante de l'autorité judiciaire se justifient donc par les atteintes portées aux droits fondamentaux. On le voit, les autorités d'enquête disposent aujourd'hui de moyens qui permettent de concurrencer l'ingéniosité des délinquants d'affaires. Ces mesures, propres au droit pénal, justifient pleinement son intervention dans la sphère économique où la preuve des infractions est particulièrement délicate. Malgré sa rigueur et les atteintes qu'il porte aux libertés individuelles, ce schéma dérogatoire du droit commun a pourtant reçu, en partie, l'approbation du Conseil constitutionnel.

276. La constitutionnalité des mesures d'enquête dérogatoires. A l'évidence, les techniques spéciales d'enquêtes prévues aux articles 706-80 et suivants du Code de procédure pénale peuvent porter une atteinte au principe de nécessité en procédure pénale tel qu'édicté par l'article 9 de la Déclaration de droits de l'homme et du citoyen[113]. Ces mesures étant particulièrement attentatoires aux libertés individuelles, elles doivent s'avérer nécessaires et

---

[110] Art. 706-81 à 706-87 C. pr. pén.

[111] J. PRADEL, « Vers un "aggiornamento" des réponses de la procédure pénale à la criminalité. Apports de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 dite Perben II. Seconde partie », *art. préc.*

[112] Art. 706-96 à 706-102 C. pr. pén.

[113] V. infra.

proportionnées. Le Conseil constitutionnel s'est prononcé par une décision du 2 mars 2004 sur la conformité de la loi « Perben II » avec la Constitution[114] et a fixé le cadre de sa jurisprudence en la matière. Dans leur sixième considérant, les Sages ont affirmé que « si le législateur peut prévoir des mesures d'investigation spéciales en vue de constater des crimes et délits d'une gravité et d'une complexité particulières, […] c'est sous réserve que […] les restrictions qu'elles apportent aux droits constitutionnellement garantis soient nécessaires à la manifestation de la vérité, proportionnées à la gravité et à la complexité des infractions commises ». Ainsi, le Conseil constitutionnel admet par principe la possibilité d'appliquer des mesures procédurales spéciales notamment au niveau de l'enquête pour des infractions d'une particulière gravité et complexité.

Cette position fut reprise concernant l'examen de la loi du 6 décembre 2013 et l'application de certaines de ces mesures spéciales à de nombreuses infractions d'affaires. Interrogé sur la conformité des paragraphes IV et VI de l'article 66 de la loi du 6 décembre 2013, le Conseil constitutionnel y a en partie répondu positivement dans sa décision du 4 décembre 2013[115]. Plus précisément, les requérants avançaient une atteinte à l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et au principe de rigueur non nécessaire des mesures de contrainte. Dans sa décision, le Conseil constitutionnel a eu le souhait de distinguer d'une part les pouvoirs spéciaux d'enquête et d'autre part la garde à vue prolongée. Concernant le premier point, les Sages ont conclu à une conformité au bloc de constitutionnalité eu égard aux aspects intrinsèques de la délinquance économique et financière. Selon le Conseil constitutionnel, la procédure dérogatoire est justifiée en ce que « la difficulté d'appréhender les auteurs de ces infractions tient à des éléments d'extranéité ou à l'existence d'un groupement ou d'un réseau dont l'identification, la connaissance et le démantèlement posent des problèmes complexes »[116]. La formule utilisée par le Conseil constitutionnel est à souligner, celle-ci démontrant bien que la complexité inhérente à la délinquance d'affaires, nécessite l'application d'un cadre procédural dérogatoire. Aussi, tant le législateur que le Conseil constitutionnel ont pris conscience de la nécessité de doter le droit pénal d'une procédure d'enquête lui permettant de justifier son intervention dans le domaine économique et financier. On ne peut que féliciter cette prise de conscience qui permet aujourd'hui au droit pénal de disposer de forts arguments

[114] Cons. const. 2 mars 2004, n° 2004-492 DC.

[115] Cons. const. 4 déc. 2013, n° 2013-679 DC.

[116] Cons. const. 4 déc. 2013, n° 2013-679 DC, 75e consid.

en sa faveur. Cependant, le recueil des preuves et l'identification des auteurs ne constituent qu'une étape qui ne suffit pas, à elle seule, à caractériser l'infraction et à entrer en voie de condamnation.

§2 - LES FACILITES PROBATOIRES EN MATIERE ECONOMIQUE

277. Facilités probatoires et présomption d'innocence. Pour parvenir à la répression, l'infraction mise à la charge du délinquant doit être caractérisée en tous points par la juridiction de jugement, tant dans son élément matériel que moral. Outre sa faible détection, l'infraction d'affaires se caractérise par les difficultés probatoires qu'elle offre aux autorités. Dès lors, guidés par le principe de nécessité, tant le législateur que le juge[117] ont eu le souhait de faciliter l'établissement de la preuve en matière financière en posant différentes présomptions. Ces présomptions, qui facilitent l'établissement de la preuve, peuvent se retrouver en contrariété avec le principe de présomption d'innocence édicté à l'article 9 de la Déclaration de 1789, texte qui a eu pour conséquence de placer l'exigence probatoire à la charge de l'accusation. Malgré cela, le droit pénal des affaires est fortement marqué par les présomptions[118]. Le droit pénal justifie dès lors son intervention en matière économique par les facilités probatoires qu'il offre aux autorités pour caractériser l'infraction et parvenir à la répression. Ces facilitations peuvent d'une part concerner l'élément moral de l'infraction (A) mais également son élément matériel (B).

[117] Cass. crim., 28 oct. 2015, inédit, pourvoi n° 14-85.120 : notamment en matière de blanchiment où la condamnation peut être prononcée dès lors que la preuve de l'infraction d'origine est établie et que l'auteur a réalisé une opération de blanchiment qui ne peut s'expliquer par des revenus légaux.

[118] B. BOULOC, « Présomption d'innocence et droit pénal des affaires », *RSC* 1995, p. 465.

A - Les facilitations probatoires concernant l'élément moral de l'infraction

278. L'établissement de l'intention en droit pénal des affaires. Alors que le Code pénal affirme qu'il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre[119], notons que les infractions d'affaires sont presque toutes intentionnelles depuis la dépénalisation de nombreux délits-papier[120]. Comme vu précédemment, l'intention frauduleuse est un élément qui justifie le recours au droit pénal, à la différence des infractions dites matérielles dont la sanction peut légitimement justifier le recours au droit civil ou au droit administratif. Dès lors, ces infractions réclament, pour être constituées, l'établissement d'un dol, au moins général, au plus spécial. Néanmoins, la preuve de l'intention frauduleuse est intrinsèquement délicate à établir, le juge pénal se devant de sonder la psychologie du délinquant. Dans ces conditions, le droit pénal légitime son intervention en matière économique en posant diverses facilités quant à la preuve de l'intention délictuelle. Par exemple, de telles facilités se rencontrent en matière d'abus de bien sociaux. Pour être constituée, cette infraction nécessite que soit rapportée non seulement la preuve d'un dol général mais également que le dirigeant ait commis lesdits abus à des fins personnelles. Pour faciliter l'établissement de cette intention, la Chambre criminelle a posé une présomption simple dans le cas où le dirigeant a prélevé des fonds sociaux de manière occulte[121]. L'usage à des fins personnelles se trouve donc présumé par ce prélèvement occulte, charge ensuite au dirigeant de justifier que celui-ci a été commis dans le seul intérêt de la société[122]. Toujours sur le terrain de l'abus de biens sociaux, la mauvaise foi découle également de la matérialité des faits. Ainsi, dans un cas d'espèce, alors qu'une société avait accordé un prêt à d'autres entités dans lesquelles le dirigeant était intéressé, la mauvaise foi résultait selon les juges de la confusion des pouvoirs, de l'interposition de personnes morales et de la passation d'écritures ayant pour but de dissimuler la destination des fonds[123]. Il apparaît très clairement que les juges se satisfont de peu de chose pour caractériser l'élément moral de cette infraction, créant une véritable présomption et un renversement de la charge de la preuve.

---

[119] Art. 121-3 C. pén.

[120] V. supra n° 47 et s.

[121] Cass. crim., 31 janv. 2007, *Bull. crim.* n° 28 ; *Dr. sociétés* 2007, comm. 83, obs. R. SALOMON ; *Rev. sc. crim*. 2007, p. 310, note D. REBUT ; *Rev. sociétés* 2007, p. 379, note B. BOULOC.

[122] Cass. crim., 24 sept. 2008, *Bull. crim*. n° 196 ; *Dr. pén.* 2009, comm. 10, obs. J-H. ROBERT ; *Dr. sociétés* 2008, comm. 234, obs. R. SALOMON ; *RTD com.* 2009, p. 471, obs. B. BOULOC ; *Rev. sociétés* 2009, p. 174, note H. MATSOPOULOU ; *AJ pénal* 2008, p. 506, obs. G. ROYER.

[123] Cass. crim., 26 sept. 2001, inédit, pourvoi n° 00-84.368, *Bull. Joly Sociétés* 2001, p. 74.

Ce raisonnement, que l'on pourrait penser réservé à l'abus de biens sociaux eu égard à la qualité du dirigeant d'entreprise, s'étend également à d'autres infractions. Ainsi, en matière d'abus de confiance, la Chambre criminelle de la Cour de cassation décide de façon constante que la mauvaise foi de l'auteur se déduit nécessairement du détournement[124], consacrant implicitement une présomption de culpabilité selon la doctrine[125]. Concernant la prise illégale d'intérêts, la jurisprudence se montre tout aussi peu exigeante puisqu'elle présume l'élément moral en raison de la nature des fonctions exercées par l'agent. Ainsi, il appartient au titulaire d'un mandat électif de vérifier la régularité des engagements qu'il prend pour lui-même ou pour la commune[126].

La création de ces présomptions de culpabilité, dont il revient à l'auteur d'en apporter la preuve contraire, justifie la présence d'un droit pénal qui a su s'adapter à la délinquance financière et a su se rendre nécessaire en la matière.

279. La réticence législative à durcir l'établissement de l'intention. On peut aisément concevoir que les juges fassent preuve d'un certain laxisme dans l'exigence probatoire de l'élément moral, mais de façon plus surprenante, le législateur adopte la même solution. Ce dernier se montre peu enclin à exiger l'établissement d'une intention trop difficile à prouver, notamment en refusant d'édicter un dol spécial. Cette position du créateur de norme est parfaitement illustrée par le cas du délit de favoritisme prévu à l'article 432-14 du Code pénal. Cet article prévoit que l'infraction est constituée dès que l'auteur a accompli, en connaissance de cause, un acte « contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public ». Dans ces conditions, de nombreuses voix ont regretté l'inexistence d'un dol consistant en la conscience d'avoir procuré un avantage à autrui, ce qui permet en l'état actuel de retenir dans les liens de la répression les simples erreurs ou omissions, sans prendre en considération les comportements les plus graves[127]. Pour les juges, le seul moyen d'échapper à la répression réside dans la démonstration d'une erreur de droit au sens de l'article 121-3 du

[124] Cass. crim., 11 févr. 1981, *Bull. crim.* n° 53.

[125] A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON, R. SALOMON, *Droit pénal des affaires*, op. cit., n°246, p. 84.

[126] Cass. crim., 25 juin 1996, *Bull. crim.* n° 273.

[127] M. BOURQUIN, rapp. Sénat n° 82, déposé le 14 oct. 2014, p. 124 ; J.-L. NADAL, *Renouer la confiance publique*, rapp., La Documentation française, 2015, p. 126.

Code pénal[128]. A l'occasion de la loi du 9 décembre 2016, le législateur est venu réécrire l'article 432-14 précité mais n'a pas tenu compte des sollicitations quant à l'insertion d'un dol spécial au motif qu'il « rendrait en pratique extrêmement difficile les poursuites en ce domaine ». Même si ce refus a fait l'objet de critiques de la part de la doctrine[129], force est de constater que le législateur a souhaité faciliter au maximum l'établissement de l'intention en matière économique, cette facilitation probatoire justifiant pleinement l'intervention du droit pénal dans la sphère financière. Outre ces facilités probatoires tenant à l'intention de l'auteur, les juges se montrent également particulièrement exigeants vis-à-vis des professionnels dont la volonté délictuelle est souvent présumée.

280. La preuve de l'intention en fonction des qualités professionnelles. L'établissement de la preuve de l'élément moral est particulièrement délicat. Aussi, la jurisprudence fait preuve d'une certaine sévérité à l'encontre de nombreux professionnels ce qui conduit à alléger fortement cette preuve de l'intention. A titre d'exemple, en matière de recel, il est nécessaire, pour constituer le délit, que l'auteur ait connaissance de l'origine frauduleuse de la chose. Dans ce domaine, la Chambre criminelle de la Cour de cassation se montre particulièrement sévère à l'encontre des hommes d'affaires[130], puisqu'elle considère qu'un manque de vigilance trop flagrant équivaut à l'intention[131]. Elle affirme en ce sens que compte tenu de leurs compétences et de leurs qualités professionnelles, ces personnes ne peuvent ignorer l'origine frauduleuse des choses acceptées ou détenues[132]. Pour la Haute juridiction, la seule qualité de professionnel du secteur concerné permet de se contenter d'une simple négligence pour caractériser l'intention. Là encore, le droit pénal fait preuve d'un pragmatisme que l'on attend de lui en matière économique et financière, appuyant son caractère nécessaire.

En outre, cette sévérité professionnelle se retrouve bien évidemment en matière de droit de la consommation où le rapport de déséquilibre entre le profane et le professionnel est le plus exacerbé. En ce sens, la Chambre criminelle de la Cour de cassation considère qu'en matière de tromperie, la mauvaise foi peut se déduire du fait que le prévenu n'a pas effectué les

---

[128] Cass. crim, 23 juill. 2014, inédit, pourvoi n° 14-90.024.

[129] M. SEGONDS, « Les apports de la loi du 9 décembre 2016 à l'anticorruption », *art. préc.*

[130] Cass. crim., 14 mai 1998, inédit, pourvoi n° 97-82.519, *D.* 1999, somm. 159, obs. M. SEGONDS.

[131] Cass. crim., 11 juin 1985, *Bull. crim.* n° 28, *D.* 1986, inf. rap. p. 84.

[132] Cass. crim., 27 nov. 2007, inédit, pourvoi n° 07-81.441, *Dr. pén*. 2008, comm. 36, obs. M. VERON.

vérifications qui lui incombaient[133]. Même si pour un auteur, le dol général ne saurait être présumé[134], et que la Cour de cassation a pu rappeler que la loi n'a institué aucune présomption de mauvaise foi[135], force est de constater une importante sévérité et une facilitation évidente dans l'établissement de l'élément moral. En transformant un dol en une négligence, la jurisprudence dénature le texte légal, ce qui a pu faire dire à un auteur que cette présomption correspond à une véritable « mort clinique de l'élément moral de la tromperie »[136].

Malgré les critiques, les cas de sévérité accrue envers les professionnels demeurent légions en droit pénal des affaires. C'est le cas notamment en matière de majoration frauduleuse des apports en nature, pour laquelle les juges sont particulièrement sévères notamment vis-à-vis des commissaires aux apports[137] ou encore concernant l'abus de biens sociaux, dont le texte exige la mauvaise foi des dirigeants sociaux qui doivent avoir fait de leurs prérogatives un usage « qu'ils savent contraire » aux intérêts de la société. Mais pour les juges, la qualité de dirigeant suppose souvent la mauvaise foi. Ainsi, celle-ci est établie même si le dirigeant social n'avait pas de réelle emprise sur les comptes sociaux, ces derniers n'ayant pas été clairement établis lors de la création de la société[138].

Alors que l'établissement de l'élément moral s'avère compliqué et aurait pu justifier un retrait du droit pénal au profit de droits plus souples, le juge a su rendre le droit pénal nécessaire en matière économique en raison des facilités probatoires offertes aux autorités. Outre la facilitation dans l'établissement de l'intention frauduleuse, le droit pénal propose également de nombreuses aides dans la preuve de l'élément matériel de l'infraction.

B - Les facilités probatoires concernant l'élément matériel de l'infraction

281. La preuve de l'origine illicite des biens en matière de blanchiment. Le délit de blanchiment, tel que prévu à l'alinéa 2 de l'article 324-1 du Code pénal nécessite pour être constitué que soit établi le lien d'origine unissant les comportements de placement de

---

[133] Cass. crim., 12 avr. 1976, *Bull. crim.* n° 113.

[134] W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, Dalloz, coll. « Précis », 6e éd., 2005, n° 434, p. 579.

[135] Cass. crim., 4 janv. 1977, *Bull. crim.* n° 4.

[136] J.-H. ROBERT, *Dr. pén.*, 1999, comm. 103., obs. sous Cass. crim., 7 avr. 1999.

[137] Cass. crim., 18 juin 1990, inédit, pourvoi n° 88-86.550.

[138] Cass. crim., 27 mai 1972, *Bull. crim.* n° 172.

dissimulation ou de conversion et le produit tiré d'un crime ou d'un délit. Comme le souligne à juste titre un auteur, cette preuve n'est pas « chose aisée et constitue un véritable obstacle probatoire »[139]. Aussi, le législateur a pris conscience de cette difficulté et a eu le souhait d'alléger la charge probatoire pesant sur les autorités de poursuite. En ce sens, la loi du 6 décembre 2013 est venue créer un renversement de la charge de la preuve en insérant un nouvel article 324-1-1 au sein du Code pénal qui dispose que « pour l'application de l'article 324-1, les biens ou les revenus sont présumés être le produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit dès lors que les conditions matérielles, juridiques ou financières de l'opération de placement, de dissimulation ou de conversion ne peuvent avoir d'autre justification que de dissimuler l'origine ou le bénéficiaire effectif de ces biens ou revenus »[140]. En d'autres termes, dès qu'une opération financière ne peut s'expliquer autrement que par la volonté de dissimuler l'origine des biens ou des revenus, ces derniers sont alors présumés provenir d'un crime ou d'un délit. De son côté, la circulaire ministérielle du 31 janvier 2014 explique que ce renversement « vise à mieux appréhender les montages juridiques et financiers dénués de toute rationalité économique et dont la complexité n'est manifestement qu'un moyen d'éviter la traçabilité des flux et d'en dissimuler l'origine ». Il convient de préciser qu'il ne s'agit pas d'une présomption de constitution du délit de blanchiment, seule l'origine illicite de biens ou de revenus sera présumée, l'auteur de l'opération pouvant en outre renverser cette présomption en prouvant que l'opération répondait à un objectif licite et à des impératifs économiques. Il n'en reste pas moins que cette présomption est un avantage considérable pour les autorités d'enquête et de poursuite qui voient leur tâche probatoire allégée sur ce point, le droit pénal renforçant encore davantage son rôle en la matière.

282. L'existence de nombreuses présomptions en dehors du Code pénal. Au-delà de la présomption posée en matière de blanchiment, le droit pénal permet une facilitation de la preuve de l'élément matériel dans d'autres domaines. Ainsi, il ressort de la lecture des articles 418 à 422 du Code des douanes que ces textes posent une présomption à propos des délits de contrebande. Plus précisément, sont réputées en contrebande les marchandises qui n'ont pas fait l'objet d'une déclaration préalable dès que l'auteur a dépassé le bureau de douane

[139] M. SEGONDS, « Commentaire de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière », *art. préc*.

[140] M. SEGONDS, « Les métamorphoses de l'infraction de blanchiment … ou les enjeux probatoires de la lutte contre le blanchiment », *AJ pénal*, 2016, p. 168.

ou dès que l'origine ne peut en être prouvée ou que la quantité légale admise est dépassée. Dans ces cas de figure, c'est à la personne mise en cause d'en apporter la preuve contraire. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a ainsi jugé qu'est coupable de tentative d'exportation de capitaux, la personne interpelée de nuit dans le rayon des douanes avec une mallette contenant une importante somme d'argent[141]. Cet arrêt a par ailleurs jugé que cette présomption était conforme à l'article 6§2 de la Convention européenne des droits de l'homme qui consacre le principe de présomption d'innocence. Or, c'est bien au prévenu d'apporter la preuve de son innocence, ce qui malmène le principe précité[142]. En droit de la consommation, l'article L. 121-4 du Code de la consommation établit, depuis la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, une liste de pratiques réputées trompeuses en toutes circonstances. Comme le souligne un auteur, « pour être quasi-irréfragable et confiner à une règle de fond, la règle posée ne fait qu'édicter des présomptions de pratiques trompeuses au sens des dispositions qui définissent celles-ci, sans créer de nouvelles incriminations »[143]. Cependant, nous pensons que ce texte pose de véritables présomptions puisqu'il inverse la charge de la preuve, ces présomptions devant être contrées par l'auteur de l'infraction[144]. Là encore, une certaine contrariété avec la présomption d'innocence peut être relevée. Mais force est de constater que le droit pénal se rend nécessaire en la matière, facilitant grandement l'établissement de l'infraction, tâche normalement délicate.

283. La création d'un délit autonome de non-justification du train de vie. Les infractions d'affaires étant par définition profitable, celles-ci peuvent l'être non seulement pour l'auteur direct mais également pour son entourage. Dans ces conditions, le législateur a eu le souhait de pouvoir atteindre le tiers dont on peut estimer qu'il a tiré profit d'une infraction[145]. Ce fut chose faite par la loi n°2006-64 du 23 janvier 2006 venue modifier l'article 321-6 du Code pénal qui réprime **«** le fait de ne pas pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie ou de ne pas pouvoir justifier de l'origine d'un bien détenu, tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes qui […] se livrent à la commission de crimes ou de

---

[141] Cass. crim., 30 janv. 1989, *Bull. crim.* n° 33.

[142] W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires, op. cit.*, n° 192, p. 262.

[143] S. FOURNIER, « Pratiques commerciales trompeuses », *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, fasc. 20, juill. 2016, n° 58.

[144] Cass. crim., 17 mai 2011, inédit, pourvoi n° 10-87.646.

[145] M. VERON, *Droit pénal des affaires, op. cit.,* n° 115-1 , p. 116.

délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement et procurant à celles-ci un profit direct ou indirect ». Cette disposition ne concerne pas exclusivement le droit pénal des affaires, mais a naturellement vocation à s'appliquer en cas d'infractions procurant des bénéfices. Il ressort de ce texte que le législateur a attribué à un train de vie suspect une force probante de profit du produit d'une infraction. Dans ce cas, ce sera à la personne mise en cause de prouver que son train de vie correspond à des revenus légaux, ce qui constitue un réel renversement de la charge de la preuve[146]. L'article 321-6 du Code pénal édicte donc une présomption afin d'atteindre les proches d'un auteur d'une infraction profitable[147]. Néanmoins, pour la Chambre criminelle de la Cour de cassation, cette disposition ne crée aucune présomption de responsabilité, refusant de transmettre les questions prioritaires de constitutionnalité à ce sujet[148].

Il résulte de ces développements que le droit pénal est rendu nécessaire en matière économique par les facilités qu'il offre aux enquêteurs et aux magistrats dans la preuve de l'infraction. Cependant, doter des autorités de droit commun de telles prérogatives ne permettrait pas de rendre totalement nécessaire le droit pénal. Aussi, on assiste à une spécialisation constante des acteurs institutionnels de la justice pénale, ce qui participe au recours au droit pénal.

[146] Cass. crim., 27 nov. 2007, inédit, pourvoi n° 07-81.441.

[147] S. FUCINI, « Non-justification de ressources : précisions sur les éléments constitutifs », *D. act.* 7 déc. 2016.

[148] Cass. crim., 26 sept. 2012, inédit, pourvoi n° 12-90.051, *Dr. pén.*, 2013, comm. 2.

CHAPITRE 2

L'ASPECT INSTITUTIONNEL DU PRINCIPE DE NECESSITE EN MATIERE ECONOMIQUE

284. La justice pénale, véritable point faible originel du droit pénal des affaires. De façon constante, la mise à l'écart du droit pénal dans la vie des affaires était justifiée par des reproches portés à l'encontre de l'organisation judiciaire. Trop lente[1], trop généraliste[2], peu apte à se mêler des infractions économiques[3], voire incompétente[4], la justice pénale était présentée, parfois à tort, comme incapable de faire face à une délinquance toujours plus sophistiquée, ingénieuse et technique. Cette complexité inhérente aux infractions d'affaires a été une des raisons de la création d'autorités de régulation, composées de spécialistes en la matière, et par la même occasion, de la mise à l'écart du droit pénal. Il est vrai que la matière économique nécessite une certaine expertise dont les magistrats et les autorités d'enquête ne disposent pas forcément. Rappelons en outre que le juge pénal est également le juge civil, ce dernier ne pouvant pas, par nature, se consacrer exclusivement au traitement des infractions d'affaires. Dans ces conditions, la justice pénale représentait un véritable frein à l'intervention du droit criminel dans la vie des affaires. Aussi, et pour justifier son recours dans le domaine financier,

[1] M. COHEN-BRANCHE, « Le droit répressif non pénal : un droit plus adapté ? L'exemple de l'Autorité des marchés financiers », *Dr. pén*., sept. 2009, ét. 22.

[2] F. STASIAK, *Nature des autorités de régulation à pouvoirs répressifs et garanties fondamentales de la personne*, *thèse préc.*, p. 75.

[3] J.-H. ROBERT, « La dépénalisation », in *Archives de philosophie du droit*, Dalloz-Sirey, t. 41, *op. cit.*, p. 196.

[4] F. STASIAK, « L'éviction du juge pénal en matière économique et financière », *Archives de politique criminelle*, 2017/1, n° 39, p. 11.

la justice pénale a dû s'adapter et tenter de rivaliser avec les autorités administratives indépendantes, en passant par un important mouvement de spécialisation.

285. Le droit pénal économique, impulsion à un bouleversement de l'organisation judiciaire. Dans le souci de légitimer son intervention dans la matière économique, le droit pénal a été contraint d'adapter considérablement son organisation juridictionnelle. Comme le soulignaient MERLE et VITU, le droit pénal économique « a bousculé l'organisation judiciaire et la compétence, et a modifié beaucoup de règles de forme jusqu'alors indiscutées »[5]. Il était nécessaire, en ce domaine, de réaliser une véritable révolution institutionnelle, tant le traitement des infractions d'affaires requiert une certaine spécialisation. Notons dès à présent que le mouvement de spécialisation n'est pas propre à la sphère financière puisque celui-ci accompagne fréquemment d'autres domaines où la technicité est accrue. Aussi, il existe des juridictions spécialisées en matière de terrorisme[6], de pollution maritime[7], sanitaire[8] ou encore de criminalité organisée[9]. Cependant, c'est bien en matière financière que le changement institutionnel a été le plus fort, domaine où « les juridictions pénales sont de plus en plus confrontées à des procédures d'une grande complexité rendant nécessaires des compétences spécialisées »[10].

Ce mouvement de spécialisation de la justice pénale n'a pas fait l'objet d'un processus unifié et linéaire. Dans un premier temps, le législateur s'est contenté d'une spécialisation globale de la justice pénale (Section 1), certes nécessaire mais qui est apparue très tôt insuffisante pour faire face à une délinquance particulière. Cette délinquance nécessite d'être traitée par des autorités d'enquêtes et de poursuites extrêmement bien préparées en la matière et qui ont naturellement fait l'objet d'une spécialisation renforcée (Section 2).

---

[5] R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, T. 3, *op. cit.*, n° 743, p. 596.

[6] Art. 706-16 à 706-25-2 C. pr. pén.

[7] Art. 706-107 à 706-111 C. pr. pén.

[8] Art. 706-2 à 706-2-1 C. pr. pén.

[9] Art. 706-73 à 706-106 C. pr. pén.

[10] E. BONIS-GARCON, « Interdictions en matière économique et financière », *J.-Cl. Pénal des affaires*, fasc. 10, juill. 2014.

SECTION 1

LA NECESSAIRE MAIS INSUFFISANTE SPECIALISATION D'ENSEMBLE DE LA JUSTICE PENALE

286. Juridictions pénales spécialisées et juridictions d'exception. Créer des juridictions spécialisées qui disposent de compétences dérogatoires du droit commun peut laisser craindre que leur soit attribué le qualificatif de juridictions d'exception. Or, les juridictions d'exception en matière pénale renvoient à des pages sombres de la justice pénale[11], jouissant d'une réputation négative qui les assimile à une atteinte systématique aux droits de la défense. Ce type de juridiction eut tout le loisir de se développer pendant la Seconde guerre mondiale et notamment en matière politique et militaire. Mais la matière économique n'a pas été épargnée puisqu'au sortir de la guerre, l'ordonnance n° 45-1484 du 30 juin 1945 relative à la constatation, la poursuite et la répression des infractions à la législation économique est venue instituer des chambres correctionnelles économiques. Ces chambres, compétentes en matière de prix, ont été rapidement supprimées par la loi du 9 juin 1949[12]. Elles étaient composées d'un président, magistrat professionnel et de deux assesseurs désignés par tirage au sort à partir de listes de consommateurs et comprenaient obligatoirement, pour un quart, des mères de deux enfants. Fort naturellement, ces juridictions ont rapidement été critiquées, leur caractère de juridictions d'exception ne faisant aucun doute. Il est évident que ce type de juridiction n'était en rien nécessaire et ne justifiait nullement l'intervention du droit pénal dans la matière financière notamment en raison du fait que la spécialisation ne se retrouvait aucunement dans

[11] M. GARCON, *Journal (1939-1945)*, Les Belles Lettres, Fayard, 2015, p. 267.

[12] L. n° 49-756 du 9 juin 1949, « Loi modifiant l'ordonnance n° 45-1484 relative à la constatation, à la poursuite et à la répression des infractions à la législation économique ».

la composition de ces juridictions. Suite à cette suppression rapide des chambres correctionnelles économiques, le législateur n'a plus cherché à instaurer de juridictions spécialisées pendant de longues décennies. Cette réticence a conduit à ce que durant de nombreuses années la criminalité financière s'est fortement développée sans que la justice pénale ne suive ce mouvement.

287. La spécialisation progressive du procès pénal. Pour Monsieur le Professeur Frédéric STASIAK, une des raisons qui justifie le désengagement du droit pénal réside dans la technicité élevée du contentieux qui nécessite l'intervention d'organes spécialisés[13]. Il était donc nécessaire, pour légitimer pleinement l'intervention du droit pénal, de spécialiser les juridictions répressives en matière économique. Par différentes vagues législatives successives, la justice pénale a donc connu un mouvement constant de spécialisation[14], inspiré notamment par la théorie économique[15]. En ce sens, il est apparu nécessaire de recourir non seulement à des outils procéduraux spécifiques mais surtout de les confier à des autorités présentant des qualités particulières en la matière. Dans un premier temps, le législateur a eu le souci de procéder à une spécialisation globale de l'autorité judiciaire, que ce soit au stade de l'enquête, de l'instruction ou du jugement. Entreprendre la spécialisation de l'institution judiciaire dans la sphère économique et financière suppose d'une part d'en organiser clairement le schéma juridictionnel (§1) et d'autre part de concentrer les juridictions sur le droit pénal des affaires (§2).

§1 - LA NECESSITE DE REVOIR L'ORGANISATION JURIDICTIONNELLE SPECIALISEE

288. Les difficultés intrinsèques au développement d'une justice spéciale en matière économique et financière. Afin de répondre à une délinquance en col blanc de plus

---

[13] F. STASIAK, *Nature des autorités de régulation à pouvoirs répressifs et garanties fondamentales de la personne, thèse préc.*, p. 24.

[14] F. STASIAK, *Droit pénal des affaires, op. cit.,*, p. 7.

[15] G. ROYER, *L'efficience en droit pénal économique, op. cit.*, n° 254, p. 274.

en plus sophistiquée, il était nécessaire de procéder à la spécialisation de certains magistrats dans le domaine économique et financier[16]. Cependant, cette spécialisation personnelle du magistrat est inutile si les juridictions pénales ne font pas, elles aussi, l'objet d'un mouvement de spécialisation. Or, modifier l'organisation juridictionnelle n'est jamais chose aisée et la spécialisation des juridictions pénales en est la preuve. Les balbutiements d'une spécialisation économique ont très tôt émergé, contrariés par de nombreuses hésitations (A) qui ont permis d'aboutir progressivement à une réorganisation, encore perfectible, de la justice pénale en matière économique (B).

A - A l'origine : une organisation juridictionnelle en manque de clarté

289. Un premier pas vers la spécialisation : la création des juridictions régionales spécialisées. Le mouvement de spécialisation des juridictions pénales en matière économique a été véritablement initié par la loi n° 75-701 du 6 août 1975, venue modifier l'organisation judiciaire existante[17]. Cette loi est à l'origine de l'insertion d'un nouveau titre au sein du Code de procédure pénale, présent aux articles 704 et suivants et intitulé « De la procédure applicable aux infractions en matière économique et financière ». Plus précisément, le dispositif légal prévoyait d'attribuer compétence à un tribunal ou plusieurs tribunaux de grande instance dans le ressort de chaque cour d'appel pour l'instruction et le jugement des infractions économiques énumérées par l'article 705 du Code de procédure pénale lorsqu'elles apparaissaient d'une grande complexité. Néanmoins, il faut tout de suite nuancer l'avancée de cette loi en matière procédurale. Elle n'a pas créé une nouvelle catégorie de juridiction mais a seulement attribué une compétence territoriale étendue à plusieurs tribunaux de grande instance. En outre, cette compétence était subsidiaire à celle de droit commun puisque l'article 17 de la loi de 1975 prévoyait qu'une affaire de nature économique pouvait être instruite et jugée, quel qu'en soit la gravité, soit par la juridiction naturellement compétente, soit par la juridiction spécialisée. Il revenait alors au président de la chambre d'accusation, d'attribuer ou non, sur demande du procureur de la République normalement compétent, lesdites affaires à la juridiction spécialisée.

---

[16] A. BLANCHOT, « Infractions en matière économique et financière », *J.-Cl. Proc. pén.*, fasc. 20, juill. 2005.

[17] L. n°75-701 du 6 août 1975, loi relative à la poursuite, à l'instruction et au jugement des infractions en matière économique et financière, JORF du 7 août 1975, p. 8035.

Par la suite, la loi n° 94-98 du 1er février 1994 a fait de cette compétence une compétence concurrente permettant une plus grande saisine des juridictions spécialisées. Au fil du temps, le statut de ces juridictions n'a quasiment pas évolué. Seules quelques lois sont venues intervenues en ce domaine pour modifier la liste des infractions rentrant dans la compétence de ces juridictions ou pour créer les fonctions d'assistant spécialisé chargé d'assister les magistrats dans les affaires économiques. Marquant une première étape dans la spécialisation en matière économique, la loi de 1975 devait être saluée. Celle-ci a marqué en effet clairement l'intention du législateur de traiter différemment les affaires économiques et financières au plan pénal. Cependant, ce dernier a eu le souhait de pousser plus en avant la spécialisation, au risque de négliger la clarté organisationnelle.

290. Une superposition néfaste : la création des juridictions interrégionales spécialisées. Pendant une vingtaine d'années, la spécialisation de la justice pénale se résumait au système vu précédemment. Notons tout de même la création des pôles économiques et financiers qui ont vu le jour par le biais d'une circulaire du 19 février 1999 dont le premier fut instauré à Paris le 1er mars 1999. Mais le législateur a créé, par le biais de la loi Perben II de 2004[18], un second niveau de juridictions spécialisées à la compétence géographique étendue. Plus précisément, la loi a modifié l'article 704 du Code de procédure pénale pour étendre la compétence de plusieurs tribunaux de grande instance au ressort de plusieurs cours d'appel, dénommées juridictions interrégionales spécialisées. Le décret n° 2004-984 du 16 septembre 2004 a désigné ces juridictions interrégionales spécialisées qui correspondaient à huit tribunaux de grande instance situés à Bordeaux, Lille, Lyon, Marseille, Nancy, Paris, Renne et Fort-de-France. Evidemment, ce système manquait de lisibilité et de cohérence puisqu'il créait un second niveau de juridictions spécialisées en surplus du système de 1975. Comme le souligne Monsieur Jean-Paul JEAN, coexistaient alors trois niveaux de compétences territoriales concurrentes, et ce, dès le stade de l'enquête[19]. Ainsi, étaient susceptibles d'être compétents le parquet du ressort du tribunal de grande instance où débute l'enquête, le parquet spécialisé dans le ressort de la même cour d'appel si l'affaire est d'une grande complexité et le parquet de la juridiction interrégionale spécialisée si elle est considérée d'une très grande complexité. En

[18] Art. 21, L. n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JORF du 10 mars 2004,

[19] J.-P. JEAN, « La mythique réforme de la carte judiciaire, entre justice de proximité et spécialisation des contentieux », in *Réformes de la justice, réforme de l'Etat*, PUF, coll. « Droit et Justice », 2003, p. 257.

outre, et selon les premiers bilans établis, il fut constaté une certaine inefficacité des juridictions interrégionales spécialisées en matière économique. Plus précisément, ces juridictions avaient tendance à davantage s'intéresser aux affaires de criminalité organisée que de délinquance financière[20]. Par exemple, entre le 1er octobre 2004 et le 31 décembre 2009, ces juridictions ont traité 1 462 procédures (en cours ou clôturées) dont 1 140 affaires de criminalité organisée, soit 78 % et seulement 322 dans la matière économique représentant 22 % des dossiers. Au-delà de cette organisation juridictionnelle peu lisible, il était également délicat d'accorder compétence à l'une ou à l'autre de ces juridictions spécialisées, tant le critère de partage était flou, basé sur la grande ou la très grande complexité.

291. La distinction entre la grande complexité et la très grande complexité de l'affaire. Comme le soulignait l'article 704 alinéa 2 du Code de procédure pénale, le partage de compétence entre les deux juridictions spécialisées résidait dans la grande complexité ou la très grande complexité de l'affaire en cause. Ces deux notions voisines alimentaient le flou entourant la saisine de l'une ou l'autre de ces juridictions. Ainsi, pour un auteur, la notion de grande ou de très grande complexité qui fondait l'intervention des juridictions interrégionales spécialisées était incertaine et évolutive[21]. La loi avait tenté d'en délimiter les contours puisque l'article 704 précité disposait qu'elle était constituée « en raison notamment du grand nombre d'auteurs, de complices ou de victimes ou du ressort géographique sur lequel elles s'étendent ». Cette définition n'était pas satisfaisante dans la mesure où elle manquait clairement de précision et employait des notions floues. De plus, l'utilisation du terme « notamment » laissait penser que d'autres critères étaient possibles mais la loi se gardait bien de les mentionner. Concernant la grande complexité, seule une circulaire du 2 septembre 2004 est venue en donner une définition[22]. Celle-ci est liée au « caractère occulte de l'organisation du groupe criminel, reposant sur des mécanismes de dissimulation et de protection de la structure de direction, […], du fonctionnement du groupe criminel se traduisant par une diversification de ses activités illicites (dans leur nature, le temps et l'espace) manifesté par exemple par : une division des tâches, une hiérarchisation des niveaux de compétence, un recours à différentes formes de

[20] M. CAILLIBOTTE, « Bilan des juridictions inter régionales spécialisées », *art. préc.*, p. 110.

[21] J. DALLEST, « La JIRS de Marseille : un lustre d'activité dans la lutte contre la grande criminalité », *AJ pénal* 2010, p. 114.

[22] Circ., CRIM 04-13 G1, 12 sept. 2004, « Circulaire présentant les dispositions relatives à la criminalité organisée de la loi n° 203-2004 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité », *BOMJ* n° 95.

violences (menaces, extorsion, enlèvement, séquestration, meurtre …) ». On peut regretter que cette présentation de la notion de grande complexité relevait davantage de la délinquance organisée que de la délinquance économique et financière. Aussi, les critères de compétence entre les deux degrés de juridictions spécialisées étaient donc flous et difficilement identifiables. Il convient enfin de noter que certaines juridictions avaient adressé des critères permettant de guider les parquets locaux dans la détection de la très grande complexité. Ainsi, la juridiction interrégionale de Marseille avait recommandé aux parquets de son ressort de lui adresser le dossier si le blanchiment portait sur plus de 1, 5 millions d'euros ou si la contrefaçon de marque portait sur au moins 30 000 articles[23]. Même si l'initiative de spécialisation de la justice pénale doit être amplement saluée, celle-ci justifiant le recours au droit pénal dans la matière économique, force est de constater que la superposition juridictionnelle et les critères de compétence posés par le législateur nuisait à la compréhension et l'effectivité de ces juridictions. Dès lors, il était nécessaire de revoir le schéma organisationnel des juridictions spécialisées pour légitimer pleinement l'intervention pénale, ce qui a été opéré par la loi du 6 décembre 2013.

B - La réorganisation opérée par la loi du 6 décembre 2013

292. La refonte du système organisationnel de spécialisation. Comme vu précédemment, le schéma de spécialisation posé par la loi de 1975 puis la loi de 2004 méritait d'être revu en raison de sa lourdeur institutionnelle et de son inefficacité. De l'aveu du législateur, « la pluralité des niveaux de compétence aboutit à une dispersion des moyens peu compatible avec la nécessaire spécialisation dans une matière particulièrement technique »[24]. Il était unanimement reconnu que l'existence des pôles économiques et financiers créés en 1975 ne se justifiait plus en raison d'un manque de moyens et d'une concurrence avec les juridictions interrégionales spécialisées. Cette suppression fut chose faite par la loi du 6 décembre 2013, laquelle a profondément remodelé l'organisation des juridictions spécialisées en matière économique et financière. Cette loi a eu pour objectif de « redéfinir l'architecture de la justice économique et financière » en supprimant les pôles économiques et en redéfinissant les

[23] J. DALLEST, « La JIRS de Marseille : un lustre d'activité dans la lutte contre la grande criminalité », *art. préc.*, p. 114.

[24] Y. GALUT, rapp. AN n° 1130 et n° 1131, déposés le 12 juin 2013, p. 21.

compétences des juridictions interrégionales spécialisées. Par voie de conséquence, le texte a supprimé le critère de la très grande complexité, qui était source de difficultés d'interprétation. En outre, la loi du 6 décembre 2013 a réorganisé l'architecture du Titre XIII du Code de procédure pénale concernant la procédure applicable en matière économique et financière. Auparavant, il n'existait aucune structuration interne au sein de ce titre. Désormais, celui-ci est organisé en trois chapitres portant notamment sur les compétences des juridictions spécialisées ou des juridictions de Paris. Depuis lors, cohabitent en matière économique, les juridictions de droit commun, le tribunal de grande instance de Paris et les juridictions interrégionales spécialisées dont la nécessité peut être remise en question. La suppression d'un échelon dans la spécialisation doit être saluée, tant la lisibilité s'en trouvait compromise. En proposant un schéma de spécialisation juridictionnelle claire, la justice pénale rend incontestablement le droit pénal nécessaire en la matière économique.

293. La spécialisation personnelle de la justice pénale. Outre la spécialisation structurelle de la justice pénale, il était important de s'attarder sur la spécialisation personnelle des personnes qui la composent. Cependant, la nomination des magistrats composant les juridictions spécialisées est floue et manque de transparence. Ils sont désignés à l'initiative des chefs de juridiction qui décident parmi les magistrats de leur ressort lesquels seront « les plus aptes, de par leur cursus et leur formation, à suivre les procédures relatives à la criminalité organisée ». Ainsi, selon l'article 704 du Code de procédure pénale, après avis du procureur de la République et du président du tribunal de grande instance, c'est le procureur général qui affecte les membres du parquet spécialisés. Le premier président désigne lui les magistrats instructeurs et de jugement qui rejoindront les juridictions spécialisées. Aucune autre disposition ne fait référence à leur formation ou aux qualités que doivent présenter ces magistrats.

La complexité des schémas délictueux, l'utilisation du système bancaire et la nécessité de se plonger dans de nombreux documents comptables ont motivé le choix du législateur de créer la fonction d'assistant spécialisé. Cette fonction, régie par l'article 706 du Code de procédure pénale, est ouverte aux personnes justifiant d'une formation de niveau Master dans les domaines juridiques, économiques et financiers et d'une expérience professionnelle d'au moins quatre années. Ces assistants exercent leurs fonctions auprès d'une juridiction interrégionale spécialisée et sont placés auprès des magistrats et officiers de police judiciaire pour traiter de points particuliers du dossier où leur analyse et leur expertise sont essentielles. Une telle spécialisation de la justice pénale est une des raisons qui rend le droit

pénal nécessaire dans la matière économique. De plus, l'organisation juridictionnelle est complétée par des compétences recentrées sur les infractions d'affaires.

§2 - DES JURIDICTIONS PENALES AUX COMPETENCES CENTREES SUR LA MATIERE ECONOMIQUE ET FINANCIERE

294. Le droit pénal des affaires comme critère de compétence. Pour être tout à fait nécessaire dans le domaine des affaires, le droit pénal doit pouvoir compter sur des juridictions ayant des compétences spécifiques en la matière. Comme le soulignent des auteurs, se pencher sur les compétences revient à étudier « l'aptitude d'une juridiction à exercer son pouvoir de juger un litige de préférence à une autre »[25]. Ainsi, les magistrats qui composent les juridictions spécialisées ne devraient connaître exclusivement que des infractions d'affaires. Outre la difficulté de cerner ce qu'est une infraction d'affaires, il convenait de pouvoir saisir les juridictions spécialisées dans un maximum de cas, sans pour autant leur imposer un contentieux de masse. C'est pourquoi il était important de fixer clairement les critères de compétence permettant de recourir aux juridictions spécialisées (A) sans perdre de vue que ces dernières s'insèrent dans une justice pénale de droit commun avec laquelle elles doivent cohabiter (B).

A - Les critères de compétences des juridictions spécialisées

295. Les règles de compétence *rationae loci*. Classiquement, les juridictions pénales territorialement compétentes sont celles du lieu de commission de l'infraction, de la résidence du prévenu et du lieu d'arrestation ou de détention de ce dernier[26]. Cette règle est également valable à propos des juridictions spécialisées mais une différence réside dans le ressort de compétence de la juridiction concernée. En application de l'alinéa 1er de l'article 704

[25] L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, coll. « Manuel », 9e éd., 2016, n° 106, p. 103.
[26] Art. 693 C. pr. pén.

du Code de procédure pénale, dans les affaires d'une grande complexité, la compétence territoriale d'un tribunal de grande instance peut être étendue au ressort de plusieurs cours d'appel. Ainsi, une juridiction interrégionale spécialisée est un tribunal de grande instance dont la compétence s'étend au ressort de plusieurs cours d'appel. Notons que l'article D. 47-3 du Code de procédure pénale a repris la liste des tribunaux concernés existante avant la loi du 6 décembre 2013. Ainsi, siègent toujours huit juridictions interrégionales spécialisées sur le territoire national, à savoir Bordeaux, Lille, Lyon, Marseille, Nancy, Paris, Rennes et Fort-de-France. On notera que depuis un décret n° 2014-69 du 29 janvier 2014, le tribunal de grande instance de Bastia est compétent sur tout le ressort de la Cour d'appel de Bastia mais d'elle seule. Concernant le Tribunal de grande instance de Paris, ce dernier a compétence sur l'ensemble du territoire national pour la poursuite, l'instruction et le jugement de certaines infractions développées ultérieurement. Dans un souci d'action commune et uniforme, l'extension de la compétence territoriale des juridictions spécialisées justifie entièrement la nécessité de recourir au droit pénal.

296. Les règles de compétence *ratione materiae*. Comme vu précédemment, les juridictions spécialisées ne devraient être saisies que des infractions relevant du droit pénal des affaires. La nécessité du droit pénal en matière économique ressortirait dès lors de la possibilité de saisir une juridiction spécialisée. En ce sens, l'article 704 du Code de procédure pénale dresse une liste exhaustive d'infractions pour lesquelles les juridictions spécialisées sont compétentes. Ces infractions, de nature délictuelle, relèvent toutes de la matière économique et financière à des degrés divers et couvrent des domaines d'intervention particulièrement vastes. Ainsi, les juridictions spécialisées ont vocation à connaître tant des délits issus du Code pénal comme l'escroquerie, l'abus de confiance, les atteintes à la probité ou le blanchiment[27]. Les juridictions interrégionales spécialisées sont également compétentes pour des délits issus d'autres codes tels que le Code de commerce[28], le Code monétaire et financier[29], le Code de la consommation[30], le

[27] Art. 704, 1° C. pr. pén.

[28] Art. 704, 2° C. pr. pén.

[29] Art. 704, 3° C. pr. pén.

[30] Art. 704, 9° C. pr. pén.

Code électoral[31], le Code général des impôts[32] ou le Code de la propriété intellectuelle[33]. Enfin, elles sont compétentes pour les infractions non codifiées comme les délits relatifs aux jeux de hasard[34] ou aux marchés à terme[35]. Il convient de noter que la compétence issue de ces infractions s'étend aux infractions connexes. Nous relèverons avec un auteur que « curieusement, les délits de corruption des articles 445-1 à 445-2-1 leur échappent toujours, sans que l'on en perçoive la justification »[36]. Il apparaît que les juridictions spécialisées se concentrent exclusivement sur les infractions relevant de la matière économique et financière, sans tomber dans le risque d'un contentieux de masse grâce à l'exhaustivité de la liste de l'article 704 précité. De plus, ces juridictions n'ont pas vocation à connaître impérativement de ces délits d'affaires puisque le texte pose la condition que ces derniers présentent un caractère de grande complexité.

297. Le critère de la grande complexité des faits. En supprimant les pôles économiques, la loi du 6 décembre 2013 a mis fin à la distinction entre le critère de grande complexité qui fondait leur compétence et celui de très grande complexité fondant celle des juridictions interrégionales spécialisées. Néanmoins, cela n'a pas écarté tout problème d'interprétation car depuis, les juridictions interrégionales spécialisées ne sont compétentes que si l'affaire présente une grande complexité comme le mentionne l'article 704 du Code de procédure pénale. Pour reprendre les termes du texte légal, cette notion de grande complexité s'explique « en raison notamment du grand nombre d'auteurs, de complices ou de victimes ou du ressort géographique sur lequel elles s'étendent ». Il convient de noter l'usage de l'adverbe « notamment », qui signifie que la liste des critères de la grande complexité n'est pas exhaustive. Ainsi, la grande complexité peut également s'expliquer naturellement en raison des montages employés, des techniques financières ou de l'importance du préjudice, son appréciation étant effectuée par la juridiction initialement saisie du dossier. Soulignons que cette appréciation est fondamentale car une juridiction interrégionale spécialisée saisie le restera

[31] Art. 704, 10° C. pr. pén.

[32] Art. 704, 6° C. pr. pén.

[33] Art. 704, 5° C. pr. pén.

[34] Art. 704, 12° C. pr. pén.

[35] Art. 704, 13° C. pr. pén.

[36] F. STASIAK, « Le procureur de la République financier : véritable innovation ou simple substitut ? », *Rev. Lamy dr. aff.*, févr. 2014, n° 90, p. 23.

même si les qualifications retenues à l'issue des investigations ne relèvent pas de la liste de l'article 704 du Code de procédure pénale. Malgré ces éléments, la notion reste floue. En ce sens, la circulaire ministérielle du 31 janvier 2014 a également apporté des critères concernant la grande complexité, en expliquant qu'il s'agit des « affaires se distinguant par la complexité des montages financiers, la technicité de la matière, l'enchevêtrement des sociétés ou des structures impliquées […]. Ces critères sont susceptibles d'apparaître lorsqu'est constatée la présence de multiples sociétés-écrans ou de fiducies dans plusieurs pays considérés comme des paradis fiscaux ou encore de gérants de paille remédiant à des interdictions de gérer, de circuits de blanchiment complexes, de comptes taxis ou d'organisation frauduleuse d'insolvabilité particulièrement aboutie ».

Enfin, notons que dans un arrêt du 26 juin 2001, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a eu à se prononcer sur la possibilité de contester l'appréciation de la complexité par l'une des parties. Dans une affaire concernant des faits de contrefaçon, une juridiction spécialisée s'était déclarée incompétente après saisine par un procureur de la République. Même si l'infraction rentrait dans les prévisions de l'article 704 du Code de procédure pénale, les faits étaient dépourvus de grande complexité. Sur le pourvoi formé contre l'arrêt d'appel ayant attribué compétence à la juridiction spécialisée, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a affirmé que « les parties ne sont admises à contester la mise en œuvre, au regard de la complexité de l'affaire, des règles de compétence des juridictions spécialisées en matière économique et financière »[37]. Cette jurisprudence, réaffirmée par la suite, ne laisse pas la possibilité de contester les critères de la grande complexité dont l'appréciation est du seul ressort des juridictions initialement saisies et plus particulièrement du parquet. Malgré ces défauts, le critère de la grande complexité participe à la nécessité du droit pénal, lequel réserve ses juridictions spécialisées aux cas les plus complexes dans le souci d'une justice pleinement efficace.

298. Le système hybride réservé aux juridictions parisiennes. Alors que les juridictions interrégionales spécialisées sont compétentes si l'infraction relève de la liste de l'article 704 du Code de procédure pénale et présente, en plus, un caractère de grande complexité, un autre schéma concerne les juridictions spécialisées de Paris. En effet, le Tribunal de grande instance de Paris dispose d'une compétence particulière en fonction de la

[37] Cass. crim., 26 juin 2001, *Bull. crim.* n° 159.

qualification de l'infraction, régie par l'article 705 du Code de procédure pénale. Contrairement aux juridictions interrégionales spécialisées, il apparaît que la juridiction parisienne tire sa compétence de la nature de l'infraction dont une liste exhaustive est fixée par les textes. Ainsi, sa compétence n'est pas nécessairement liée au critère de la grande complexité des faits, même si cette exigence réapparaît pour certaines infractions dont la seule nature ne suffit pas à lui attribuer compétence. Ainsi, le Tribunal de Paris est compétent en raison de la seule qualification pénale des faits en matière de corruption et de trafic d'influence impliquant un agent public étranger relevant des articles 435-1 à 435-10 du Code pénal[38]. Il est également compétent en matière de fraude fiscale aggravée[39] et pour le blanchiment des infractions visées précédemment[40], alors que le recel en est exclu sans raison apparente. Pour certaines infractions, le critère de la complexité sera néanmoins exigé pour que les juridictions parisiennes soient compétentes. C'est le cas des délits d'atteinte à la probité commis par des personnes exerçant des fonctions publiques, des atteintes à la probité commises par les particuliers[41] et les faits d'escroquerie portant sur la taxe sur la valeur ajoutée[42] ou encore en matière de délits électoraux prévus aux articles L. 106 à L. 109 du Code électoral[43]. Dès lors, les juridictions parisiennes jouissent d'une compétence dont la mise en œuvre semble plus simple que celle concernant les autres juridictions spécialisées en ce qui concerne les infractions ne nécessitant pas le critère de la grande complexité. Néanmoins, il est possible de regretter que ces compétences spéciales soient concurrentes de celles de droit de commun, ce qui n'est pas pour faciliter la saisine des juridictions parisiennes. Malgré ce point, ces compétences alimentent la nécessité du droit pénal dans la vie économique, lequel est en mesure d'offrir une justice spécialisée en la matière. Néanmoins, ce schéma de compétences n'exclut pas que des affaires économiques soient jugées par des juridictions de droit commun, dans la mesure où celles-ci exercent une compétence concurrente aux juridictions spécialisées.

[38] Art. 705, 4° C. pr. pén.

[39] Art. 705, 5° C. pr. pén.

[40] Art. 705, 6° C. pr. pén.

[41] Art. 705, 1° C. pr. pén.

[42] Art. 705, 3° C. pr. pén.

[43] Art. 705, 2° C. pr. pén.

B - Des compétences concurrentes

299. La faculté de dessaisissement des juridictions de droit commun. Il eut été possible d'imaginer un schéma de juridictions spécialisées en matière économique disposant de compétences exclusives. Tel n'est pas le cas de l'organisation actuelle puisque tant l'article 704 que l'article 705 du Code de procédure pénale mentionnent une « compétence concurrente » des juridictions spécialisées vis-à-vis des juridictions de droit commun. Comme le souligne un auteur, « parler de compétence concurrente c'est affirmer une égalité de position des juridictions concernées. Ainsi, en matière économique et financière, tant la juridiction naturelle que la juridiction spécialisée ont le pouvoir de connaître des situations infractionnelles qui se rattachent au ressort d'une même cour d'appel »[44]. En d'autres termes, le législateur n'a pas souhaité faire des juridictions spécialisées l'unique destinataire des infractions d'affaires d'une grande complexité, lesquelles peuvent rester entre les mains du juge pénal commun. De ce point de vue, on peut s'interroger sur la nécessité d'une telle concurrence dans la mesure où la spécialisation de la justice est une des raisons du recours au droit pénal en matière économique. De plus, cette notion de compétence concurrente n'est pas simple à appréhender, celle-ci n'étant pas définie par les textes. Le Conseil d'Etat a eu l'occasion de se prononcer sur le sujet à l'occasion de l'adoption du décret n° 94-259 du 25 mars 1994 fixant la liste et le ressort des tribunaux spécialisés[45]. La haute juridiction administrative a rappelé que les termes du Code de procédure pénale n'engendrent aucune rupture d'égalité des citoyens devant la loi, et qu'en application de l'article 704-1 du Code de procédure pénale, la compétence des juridictions spécialisées est concurrente à celle des juridictions de droit commun, ce qui nécessite de prévoir des règles de dessaisissement particulières. Aussi, une juridiction de droit commun, même si elle peut se dessaisir, ne doit pas se déclarer incompétente en raison de la seule nature complexe de l'affaire. En effet, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a pu affirmer que la mise en œuvre de la compétence des juridictions spécialisées reste facultative[46], ces dernières n'ayant pas vocation à connaître de toutes les affaires rentrant dans leur champ de compétence matérielle. De ce point de vue, on ne peut que féliciter la volonté d'éviter un contentieux de masse devant ces juridictions spécialisées qui doivent se concentrer sur les dossiers les plus

[44] A. GIUDICELLI, « Poursuite, instruction et jugement des infractions en matière économique et financière », *RSC* 2002, p. 629.

[45] CE, 6e et 2e ss-sect., 8 juill. 1996, n° 158944, *JurisData* n° 1996-050676.

[46] Cass. crim., 17 mai 1989, *Bull. crim*. n° 201.

complexes. Dans les faits on peut constater que les juridictions spécialisées connaissent d'un faible nombre de dossiers en matière économique et financière. Aussi, entre 2004 et 2012, seuls 20 % des dossiers concernaient la délinquance économique et 80 % la criminalité organisée[47], ce qui laisse penser que ces juridictions ne connaissent pas un volume important d'affaires en la matière. D'un autre côté, la faculté de dessaisissement permet à des juridictions de droit commun d'enquêter et de juger des infractions relevant du droit pénal des affaires et qui auraient nécessité d'être traitées par des juridictions spécialisées. Ce paradoxe porte une certaine atteinte à la nécessité du droit pénal en matière économique et financière et il conviendrait que ces affaires soient du ressort des juridictions spécialisées.

300. Les règles de dessaisissement entre les juridictions de droit commun et les juridictions spécialisées. Puisque la saisine des juridictions interrégionales spécialisées n'est pas obligatoire dès lors que l'on se trouve en présence d'une infraction prévue par les textes, il convient d'établir des règles permettant le transfert des dossiers entre les juridictions. En ce sens, l'article 704-4 du Code de procédure pénale prévoit que le procureur général près la cour d'appel « anime et coordonne », avec les autres procureurs généraux, la conduite de la politique en matière de juridictions spécialisées. Le choix de saisir ou non la juridiction spécialisée intervient donc tôt dans la procédure, car en aucun cas il ne peut y avoir double saisine. Cette disposition empêche par hypothèse un conflit de saisines simultanées qui serait préjudiciable pour le bon déroulement des investigations.

En revanche, il se peut qu'en cours de traitement du dossier par une juridiction de droit commun, celle-ci souhaite se dessaisir au profit d'une juridiction interrégionale spécialisée. Ainsi, l'article 704-2 du même code prévoit que le procureur de la République d'une juridiction de droit commun saisi de faits relevant de la liste des infractions économiques et présentant une grande complexité, peut solliciter un dessaisissement auprès du collège de l'instruction au profit d'une juridiction spécialisée. Les parties sont avisées et invitées à formuler leurs observations avant que le collège de l'instruction ne prenne sa décision par ordonnance. Lorsque cette ordonnance décide le dessaisissement, le procureur de la République de droit commun transmet le dossier au parquet spécialisé désormais compétent. Il convient de noter que contrairement à ce qui se déroule en droit commun, la jurisprudence a affirmé que la juridiction spécialisée était saisie de plein droit dès l'ordonnance du collège de l'instruction et

[47] Lettre rectificative au projet de loi relatif à lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, NOR : JUSX1310904L, p. 12.

sans que soient nécessaires de nouvelles réquisitions du parquet[48]. Relevons que la Chambre criminelle de la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que cette initiative de dessaisissement appartient exclusivement au ministère public et non au juge d'instruction[49].

Cette procédure de dessaisissement est d'une grande importance puisque dans le silence des textes, il semble que la saisine d'une juridiction spécialisée soit irréversible. En effet, il n'existe pas de mécanisme de dessaisissement d'une juridiction interrégionale spécialisée vers un tribunal de droit commun. Ainsi, même s'il s'avère que la juridiction commune serait plus à même de traiter le dossier, la juridiction spécialisée devra mener le dossier jusqu'à son terme.

Enfin, les compétences du tribunal parisien sont également concurrentes à celle des autres juridictions. Plus précisément, si l'infraction est considérée comme simple, le Tribunal de Paris sera en concurrence avec les autres tribunaux de droit commun, tandis que si l'infraction est complexe, les juridictions interrégionales spécialisées viendront se rajouter à ce système de concurrence même si cette hypothèse est réduite au délit de fraude fiscale, infraction commune aux deux juridictions spécialisées. Tout comme en matière de juridictions interrégionales spécialisées, c'est le ministère public qui sollicite le dessaisissement auprès du juge d'instruction initialement saisi au profit des juges parisiens. Même si cette juxtaposition de compétences ne semble pas nécessaire et que le système de compétence concurrente permet à des juridictions de droit commun de se saisir de dossiers économiques, les règles de dessaisissement posées par le législateur offrent plutôt la possibilité aux juridictions spécialisées de se concentrer sur les dossiers les plus complexes, ce qu'il convient de saluer. Au-delà de la spécialisation globale des juridictions pénales, il était nécessaire, pour légitimer l'intervention du droit pénal dans la vie économique, de s'attacher à une spécialisation accrue des autorités d'enquête.

[48] Cass. crim., 23 janv. 2002, *Bull. crim*. n° 11.

[49] Cass. crim., 28 mars 2007, *Bull. crim.* n° 96.

SECTION 2

LA NECESSITE ABSOLUE DE LA SPECIALISATION DES AUTORITES D'ENQUETE

301. La place primordiale de l'enquête pénale en matière économique. L'enquête, qui a pour but de rassembler les preuves et de rechercher les auteurs d'une infraction, est une phase indispensable en droit pénal et notamment en droit pénal des affaires. Cette phase est confiée à la police judiciaire qui agit sous le contrôle du ministère public[50]. Eu égard à la nature occulte des infractions financières, la phase d'enquête est un préalable indispensable au bon déroulement du procès pénal. En ce sens, nous avons vu précédemment que le droit pénal se rendait nécessaire en la matière en proposant des modalités d'enquête dérogatoires. Néanmoins, se satisfaire de techniques d'enquête spéciales s'avère insuffisant face à une délinquance toujours plus ingénieuse. C'est pourquoi ces mesures procédurales doivent être placées entre les mains d'autorités d'enquête spécialisées. De ce point de vue, le droit pénal est fortement concurrencé par les autres branches du droit. Les autorités de régulation disposent elles aussi de services d'enquête dont les membres affichent une spécialisation en matière économique. En ce sens, l'article L. 621-10 du Code monétaire et financier prévoit que les enquêteurs de l'Autorité des marchés financiers peuvent se faire communiquer tous documents, peuvent convoquer et entendre toute personne et accéder aux locaux à usage professionnel. Le secret professionnel ne leur est pas opposable dans le cadre de leur enquête[51]. De plus, ces agents ont la possibilité d'être autorisés par ordonnance du juge des libertés et de la détention

[50] Art. 75 C. pr. pén.

[51] Art. L. 621-9-3 C. mon. fin.

de visiter tous lieux et de pratiquer des saisies de documents[52]. Des moyens d'enquête similaires sont attribués aux agents de l'Autorité de la concurrence[53]. C'est dans ces conditions que le droit pénal a dû justifier son intervention en accordant un soin particulier à spécialiser la police judiciaire et surtout, le ministère public.

302. L'intérêt unanime d'autorités d'enquête spécialisées en matière économique. Alors qu'à l'origine le mouvement de spécialisation s'était contenté d'appréhender la justice pénale dans son ensemble, les autorités d'enquête font depuis peu l'objet d'un soin particulier. Notons à titre préliminaire, que dès 1914, le parquet de Paris disposait d'une section financière instauré en dehors de tout texte légal. Ce n'est que récemment que le législateur a pris conscience de la nécessité d'accentuer la spécialisation de l'enquête. Ainsi, la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 a inséré le terme d'« enquête » au sein des textes régissant les juridictions spécialisées, lesquels lui préféraient celui de « poursuite ». Le ministère public, en ce qu'il dirige les enquêtes, doit être au centre de ce mouvement de spécialisation. Cette nécessité a notamment été prise en compte par les instances européennes qui se sont engagées sur la voie d'un procureur européen supranational, compétent en matière économique. Ainsi, le Traité instituant une Constitution pour l'Europe en 2004 puis le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, en son article 86, a prescrit la création d'un Parquet européen avec pour mission de combattre les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union[54]. Laissée de côté depuis 2009, cette initiative a été reprise le 9 mars 2017, date à laquelle le Conseil européen a acté la création d'un parquet européen avec la participation d'Etats membres volontaires, position reprise par la suite par le Parlement européenne en date du 5 octobre 2017.

Au regard de ce qui précède, la nécessité du droit pénal dans la sphère économique est intimement liée à la justice pénale d'un point de vue organisationnel. Plus précisément, il était indispensable de consacrer une spécialisation accrue des autorités d'enquête au sens large (§1) tout en conférant à un ministère public spécialisé, acteur central de l'enquête, les ressources nécessaires pour mener à bien ses missions (§2).

---

[52] Art. L. 621-12 C. mon. fin.

[53] Art. L. 450-1 et s. C. com.

[54] E. RUBI-CAVAGNA, *L'essentiel du droit pénal de l'Union européenne, op. cit.,* p. 55.

§1 - L'ETABLISSEMENT D'AUTORITES D'ENQUETE ET DE POURSUITE SPECIALISEES

303. L'importance de spécialiser la phase d'enquête en matière économique. La spécialisation de la seule phase de jugement des juridictions pénales s'avère insuffisante en matière économique et financière dans la mesure où la phase d'enquête est primordiale en ce domaine. Dès lors, il était nécessaire que le législateur s'attache à une spécialisation des autorités chargées de la phase d'enquête et de la poursuite des infractions. Même si ce dernier était intervenu avec la loi du 1er février 1994 étendant la spécialisation aux organes chargés de l'enquête[55], un approfondissement était indispensable. Reprenant la position classique en la matière[56], les acteurs chargés de l'enquête et des poursuites, c'est-à-dire de rassembler les preuves et d'identifier les auteurs de l'infraction, se divisent en deux catégories : d'une part ce travail est confié à la police judiciaire, dont la spécialisation s'est fortement accrue en matière financière (B), d'autre part ces agents agissent sous le contrôle du ministère public dont l'organisation a été bouleversée par la création d'un parquet national financier (A).

A - La création du parquet national financier

304. L'apparition d'un parquet national spécialisé en matière financière. Il était nécessaire, pour que le droit pénal justifie son intervention en matière économique, que le ministère public fasse l'objet d'une attention toute particulière du législateur dans son processus de spécialisation. Ce fut le cas par le biais de deux lois de 2013, relative à la lutte contre la délinquance économique et financière. Notons que la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 mentionne la création du procureur national financier mais s'agissant d'une loi de compétence, elle ne fixe pas ses règles de désignation mais insère un chapitre II, inséré dans le Code de procédure pénale sur ces compétences, aux articles 705 et suivants. Le procureur national financier a véritablement été créé par la loi organique n° 2013-1115 du 6 décembre 2013 qui a complété la loi n° 2013-1117. Ce texte instaure dans l'organisation de la justice française un

[55] Art. 5, L. n°94-89 du 1er févr. 1994 instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale, JORF du 2 févr. 1994.

[56] S.GUINCHARD, J. BUISSON, *Procédure pénale, op. cit.*, n° 653, p. 543.

nouveau type de ministère public, unique, à compétences spéciales et majoritairement concurrentes, agissant en matière économique et financière. Il faut tout de suite mentionner le caractère original et atypique de cette nouvelle autorité, dont la création est unique dans l'histoire de la justice française et qui est source de réorganisation institutionnelle[57]. Très tôt, la création du parquet national financier a fait l'objet de vives critiques, notamment en raison de son caractère innovant et du bouleversement qu'elle crée dans l'organisation judiciaire. Pour certains, ce type de parquet a pour seule origine les scandales politico-financier des années précédentes, affirmant que « la création du procureur financiers peut ainsi être assimilée à l'une de ces lois événementielles, qui constituent une réponse politique à un fait divers de nature politique »[58]. Au sein même de l'organe législatif, l'établissement d'un parquet national financier a été vivement controversé au moment des débats au Parlement. Certaines voix proposaient de suivre le même schéma qu'en matière terroriste en accordant une compétence nationale au procureur de la République de Paris. Mais pour le gouvernement, la création d'un parquet autonome devait être perçue comme un choix permettant de maximiser les avantages attendus de la création d'une compétence nationale en matière économique et financière et d'accroître la visibilité de la politique de lutte contre la fraude fiscale et la corruption qu'il incarnera[59]. A ce titre, la circulaire de la garde des Sceaux du 31 janvier 2014[60] justifie l'instauration de ce procureur en ces termes : « le traitement de certaines infractions économiques et financières de très haute technicité est confié à un interlocuteur unique doté d'une compétence spécialisée, gage d'une meilleure efficacité des poursuites ainsi diligentées de manière homogène sur l'ensemble du territoire ». Même si à l'origine le parquet national financier n'a pas fait l'unanimité, force est de constater que le créateur de norme a pris conscience de la nécessité de spécialiser les autorités de poursuites par la création d'un parquet national unique, dont le statut et la composition sont conformes aux attentes en la matière.

305. Statut et spécialisation du parquet national financier. Il eut été illusoire de prévoir un parquet spécial en matière économique et financière si ce dernier n'était pas composé

---

[57] Art. L. 217-7 COJ.

[58] E. VERGES, « Le procureur de la République financier : entre projet politique et recherche de l'efficacité », *RSC* 2014, p. 143.

[59] Lettre rectificative au projet de loi relatif à lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, NOR : JUSX1310904L, p. 12.

[60] Circ. du 31 janv. 2014 de politique pénale relative au procureur de la République financier NOR JUSD1402887C.

de personnes spécialisées en ce domaine. Concernant le statut du procureur de la République financier, la loi n° 2013-1115 comporte un article unique qui modifie l'article 38-2 de l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 relative au statut de la magistrature. Cet article, qui concerne les fonctions de procureur de la République, est complété par un alinéa qui dispose que « le présent article est applicable au procureur de la République financier près le Tribunal de grande instance de Paris dans les mêmes conditions qu'au procureur de la République près le même tribunal ». Par conséquent, le procureur national financier est un avocat général à la Cour de cassation et la durée de ses fonctions est fixée à sept ans comme pour tous les autres procureurs de la République. Ce dernier est nommé par le président de la République, sur proposition du garde des Sceaux et après avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature[61]. Même si son statut est calqué sur celui des autres procureurs, notons tout de même que le procureur national financier est choisi parmi les magistrats les plus avancés dans la hiérarchie. La principale différence avec les autres parquets se situe davantage sur le plan de la composition du parquet financier, illustrant au mieux la volonté de spécialiser l'autorité d'enquête et de poursuites dans le domaine des affaires. Ainsi, le parquet national financier comporte des membres spécialisés en matière économique et plus spécialement en droit fiscal. Plus précisément, ces magistrats comptent dans leur rang un ancien membre du Service national de douane judiciaire ou encore des anciens membres du ministère des finances ou de l'Autorité des marchés financiers[62]. Ce parquet « ultra spécialisé » est également secondé par de nombreux assistants de justice spécialisés. Il s'agit de fonctionnaires mis à disposition ou des agents du secteur privé recrutés pour leurs compétences en matière boursière, comptable, bancaire ou encore fiscale. Considéré comme « la clé de voûte » du dispositif de lutte contre la délinquance économique et financière par le garde des Sceaux[63], le procureur national financier est assurément un gage d'efficacité en matière d'enquête et de poursuite des infractions d'affaires. Adoubé par le gouvernement et le Parlement, ce dernier s'est également vu décerner le sceau de la conformité constitutionnelle.

306. La conformité constitutionnelle du parquet national financier. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 4 décembre 2013, a dû vérifier la conformité de la création

---

[61] Ord. N° 58-1270 du 22 déc. 1958, art. 38-2.

[62] E. HOULETTE, « Le parquet national financier », *Dr. fiscal*, n° 38, 2016, p. 494.

[63] M. QUEMENER, « Le procureur financier, architecte de la lutte contre la corruption et la délinquance économique et financière », *Revue internationale d'intelligence économique*, 2014, p. 27.

d'un nouveau genre de parquet avec le bloc de constitutionnalité. Plus précisément, les requérants reprochaient deux atteintes à des principes de valeur constitutionnelle et avançaient d'une part que « l'institution du procureur de la République financier doté d'une compétence exercée concurremment avec le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Paris et les autres procureurs de la République méconnaît l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi » et d'autre part que « la présence de deux procureurs près le Tribunal de grande instance de Paris exerçant des compétences concurrentes méconnaîtrait l'objectif de valeur constitutionnelle de bonne administration de la justice ». Comme cela était prévisible, le Conseil constitutionnel se refuse à tout contrôle quant à l'opportunité de créer un nouveau parquet à compétences spéciales. Aussi, les services du Conseil constitutionnel ont rappelé dans leur commentaire que « le Conseil constitutionnel n'a pas à substituer son appréciation à celle du Parlement sur les avantages et les inconvénients de la création d'un procureur de la République financier »[64]. Dès lors, la seule question de conformité à la Constitution résidait dans l'articulation des compétences concurrentes avec les autres procureurs de la République et l'absence de mécanisme précis de distribution des affaires au regard des principes à valeur constitutionnelle précités. Par un argumentaire laconique[65], les Sages rejettent les griefs d'inconstitutionnalité, au motif que le principe d'égalité n'empêche pas que des faits identiques puissent donner lieu à plusieurs enquêtes placées sous la direction de différents procureurs de la République[66], les dispositions de l'article 705 du Code de procédure pénale n'étant entachées d'aucune inintelligibilité[67]. Il est regrettable que le Conseil constitutionnel ne se soit pas davantage exprimé sur ce point, lequel n'a d'ailleurs fait aucune référence a principe d'accessibilité de la loi pourtant invoqué.

Dès lors, le parquet national financier dispose de la légitimité nécessaire à l'exercice de ses fonctions d'enquête et de poursuite en matière financière. Dans un domaine aussi complexe et technique, il est logique que le ministère public soit assisté et accompagné par des autorités d'enquête spécialisées.

---

[64] Comm., Cons. const. 4 déc. 2013, n° 2013-679 DC, p. 27.

[65] Y. AGUILA et E. DEZEUZE, « Le Conseil constitutionnel valide la création du procureur de la République financier », *Gaz. Pal.*, 14 déc. 2013, n° 347-348, p. 17.

[66] Cons. const. 4 déc. 2013, n° 2013-679 DC, 63e consid.

[67] Cons. const. 4 déc. 2013, *déc. préc.*, 65e consid.

B - Une police judiciaire spécialisée en matière économique

307. Le rôle primordial de la police judiciaire dans l'enquête pénale. En application de l'article 14 du Code de procédure pénale, la police judiciaire est une activité consistant à « constater les infractions à la loi pénale, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs tant qu'une information n'est pas ouverte », c'est dire son rôle déterminant dans la constitution du dossier pénal. Pour parvenir à leur but, les officiers et agents de police judiciaire se sont vus attribuer de nombreux pouvoirs de contrainte exorbitants du droit commun par le législateur[68]. De ce point de vue, il est important pour le droit pénal de disposer d'autorités d'enquêtes aux pouvoirs coercitifs, étant de plus en plus concurrencé sur ce plan par les autorités de régulation. Ainsi, disposer d'une police judiciaire forte et spécialisée en matière économique est primordial pour le droit pénal si celui-ci veut pouvoir justifier pleinement son intervention dans ce domaine.

308. Une spécialisation complète de la police judiciaire en matière économique et financière. Au sein de la police nationale, la direction centrale de la police judiciaire est chargée de toutes les formes de délinquance, dont celle intéressant le monde des affaires. Dans ces conditions, les autorités ont eu le souhait de créer différents départements spécialisés dans la lutte contre la criminalité financière. Ainsi, au premier échelon, la sous-direction de la lutte contre le crime organisé et la délinquance financière qui compte 680 fonctionnaires, est composée de trois offices d'une division nationale et d'une brigade spécialisée dans la matière économique. Le premier de ces offices est l'office central pour la répression du faux monnayage, créé en 1929. L'office central pour la répression de la grande délinquance financière a lui été créé en 1990 et ses compétences se concentrent essentiellement sur la lutte contre l'escroquerie et le blanchiment, appuyé pour cela de la brigade de recherches et d'investigations financières nationale, de la plateforme d'identification des avoirs criminels et de la brigade centrale de répression des fraudes communautaires. Enfin, relevons l'importance de l'office central de lutte contre la corruption et les infractions financières et fiscales créé par le décret n° 2013-960 du 25 octobre 2013. Ce service comprend la brigade nationale de répression de la délinquance fiscale et la brigade nationale de lutte contre la corruption et la

[68] V. supra n° 272 et s.

criminalité financière[69] dont la compétence a été étendue par la loi du 6 décembre 2013[70]. Cet office est compétent pour l'ensemble des infractions d'affaires, que ce soit les atteintes à la probité, les délits fiscaux ou encore les délits prévus aux articles L. 106 à L. 109 du Code électoral ainsi que le blanchiment de toute ses infractions lorsqu'elles apparaissent d'une grande complexité. La spécialisation de la police judiciaire se poursuit encore sur deux échelons avec la division nationale d'investigations financières et fiscales et la brigade nationale d'enquêtes économiques. Cette spécialisation organisationnelle s'accompagne évidemment d'une spécialisation personnelle des fonctionnaires de police qui disposent notamment d'une formation en droit des sociétés, en comptabilité[71] et à qui sont joints des fonctionnaires de l'administration fiscale.

Malgré une organisation lourde et peu lisible, force est de constater que la police judiciaire dispose de nombreux services lui permettant de mener des enquêtes approfondies sur des infractions d'affaires. Dans ces conditions, le droit pénal a su parfaitement légitimer son intervention en matière financière en offrant des autorités d'enquête pleinement concentrées sur le domaine économique et qui permet de concurrencer celles des autorités de régulation.

§2 - UN PARQUET AUX COMPETENCES CONCENTREES SUR LA MATIERE ECONOMIQUE

309. Des fonctions focalisées sur la lutte contre la grande délinquance économique et financière. Outre la symbolique évidente derrière la création du parquet national financier, il était nécessaire de lui conférer des pouvoirs en lien avec sa spécialisation. Pour correspondre pleinement à une autorité hyper spécialisée et concentrée sur la matière économique, le législateur a dû prendre le soin de délimiter avec précision ses compétences, au risque de multiplier les saisines inutiles. Les premiers bilans publiés sur l'activité du parquet

[69] C. DUFAU, « Les enjeux de la création d'un nouvel office centrale au sein de la direction centrale de la police judiciaire », *art. préc.*, p. 641.

[70] C. CUTAJAR, « Le volet répressif de la loi sur la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance financière », *art. préc.*, p. 638.

[71] C. DUFAU, « Pour une modélisation de l'enquête judiciaire en matière de corruption », *art. préc.*, p. 74.

national financier laissent penser que ce dernier se focalise effectivement sur les missions pour lesquelles il a été créé. Plus précisément, au 8 juillet 2016, 47 % des dossiers suivis par le parquet national financier concernaient la fraude fiscale, 41 % les atteintes à la probité et 12 % les abus de marché[72]. Malgré les critiques récurrentes de la doctrine à propos de son utilité[73], le procureur de la République financier semble disposer des compétences nécessaires pour lutter efficacement contre la délinquance économique.

Ainsi, afin d'appréhender au mieux les compétences du parquet national financier, il conviendra non seulement de les étudier elles-mêmes (A) mais également d'en voir leur application par un ministère public hyper spécialisé faisant partie intégrante d'une justice pénale spécialisée (B).

A - Les compétences du parquet national financier

310. Une compétence matériellement restreinte mais au champ géographique large. A l'instar du système adopté à propos des juridictions interrégionales spécialisées[74], le parquet national financier dispose d'une compétence concurrente pour certaines infractions limitativement énumérées. Notons que le parquet national financier dispose du même système de compétence auparavant prévu pour le procureur de la République de Paris et aujourd'hui pour les juridictions parisiennes tel que posé par l'article 705 du Code de procédure pénale. Cela permet à un auteur d'affirmer que le procureur de la République financier apparaît sur certains points, comme un procureur de la République de Paris « bis »[75]. Ainsi, ce procureur national sera chargé de l'enquête de certaines infractions si celles-ci revêtent le caractère de la grande complexité comme les atteintes à la probité, l'escroquerie sur la taxe sur la valeur ajoutée ou encore les délits électoraux. A l'opposé, il sera compétent sans ce caractère de grande complexité pour connaître des infractions de corruption et de trafic d'influence étrangers ou de fraude fiscale. Contrairement aux parquets des juridictions interrégionales spécialisées, le

---

[72] E. HOULETTE, « Le parquet national financier », *art. préc.*, p. 494.

[73] D. REBUT, entretien « pourquoi le procureur financier n'a aucun pouvoir », Figarovox, http://www.lefigaro.fr/vox/societe/2014/03/12/31003-20140312ARTFIG00077-decryptage-pourquoi-le-procureur-financier-n-a-aucun-pouvoir.php

[74] Art. 704-1 C. pr. pén.

[75] F. STASIAK, « Le procureur de la République financier : véritable innovation ou simple substitut ? », *art. préc.*, p. 24.

parquet national financier dispose d'une compétence matérielle moindre. En effet, là où l'article 704 du Code de procédure pénale englobe de façon large les « délits prévus par le Code de commerce »[76] ou les « délits prévus par le Code monétaire et financier »[77], l'article 705 pose clairement une liste limitative des infractions, en mentionnant l'article correspondant, dont le parquet national financier a vocation à connaître. Cette limitation de la compétence matérielle s'explique par les buts attribués au procureur de la République financier, axés en priorité sur la lutte contre les atteintes à la probité et la fraude fiscale et par la volonté de ne pas encombrer cette autorité « hyper spécialisée ». Néanmoins, et contrairement aux autres parquets spécialisés, le parquet financier dispose d'une compétence nationale pour l'ensemble des infractions énumérées. Ainsi, ce dernier a vocation à enquêter sur un nombre restreint d'infractions mais sera l'interlocuteur exclusif sur l'ensemble du territoire français.

311. L'existence d'une compétence exclusive. Constituant la distinction principale par rapport aux autres procureurs spécialisés, le procureur de la République financier dispose d'une compétence exclusive en matière de délits boursiers. En ce sens, l'article 705-1 du Code de procédure pénale confère exclusivement au procureur national financier la poursuite des délits d'initié et de manipulation de cours prévus aux articles L. 465-1 et L. 465-2 du Code monétaire et financier ainsi que pour les infractions connexes[78]. La création de cette compétence exclusive n'a pas fait l'unanimité au sein du Parlement, certaines voix regrettant l'absence de rapport entre le contentieux boursier et la lutte contre la probité et la fraude fiscale[79]. En la matière, on assiste à un transfert d'un champ de compétence qui relevait, depuis la loi n° 2003-706 du 1er août 2003, de la section économique et financière du parquet de Paris au profit du parquet national financier. Cette compétence exclusive dans le domaine boursier doit être aujourd'hui nuancée par le système de répartition instauré par la loi du 21 juin 2016 qui semble, en pratique, privilégier les poursuites administratives aux poursuites pénales dans la mesure où l'Autorité des marchés financiers aura vocation à connaître en premier des comportements répréhensibles. Enfin, notons que les juridictions parisiennes restent seules compétentes pour l'instruction et le jugement des infractions boursières.

---

[76] Art. 704, 2° C. pr. pén.

[77] Art. 704, 3° C. pr. pén.

[78] Dont une définition est donnée par l'art. 203 C. pr. pén.

[79] Y. GALUT, rapp. AN n° 1130 et n° 1131, déposés le 12 juin 2013, p. 53.

312. L'existence d'un critère de compétence alternatif ? S'interroger sur une compétence autre que celles étudiées précédemment peut surprendre, tant les dispositions légales sont claires en la matière. Cependant, les termes de la circulaire du ministre de la Justice du 31 janvier 2014 intriguent. Selon cette circulaire, le procureur national financier a « par essence, vocation à connaître des affaires susceptibles de provoquer un retentissement national ou international de grande ampleur » ainsi que « dans les affaires se distinguant par la complexité des montages financiers, la technicité de la matière, l'enchevêtrement des sociétés ou des structures impliquées, et, plus largement, lorsque le recours à un parquet hautement spécialisé est indispensable au bon déroulement des investigations et à une bonne administration de la justice ». Il semblerait alors que le parquet national financier ait vocation à traiter de bien plus d'affaires que la loi ne le prévoit expressément. Outre le recours à un parquet hautement spécialisé justifié par un souci de bonne administration de la justice, ce qui peut se concevoir, le gouvernement fait référence au « retentissement de l'affaire » pour attribuer compétence au procureur national financier, ce qui suscite de nombreuses interrogations. D'une part, il est délicat de cerner ce terme de « retentissement », qui doit sans doute être rapproché de celui de médiatisation, et de savoir quels sont les critères qui permettent de retenir que telle affaire possède un fort retentissement nécessitant le recours au parquet financier. D'autre part, cette compétence signifierait que le procureur national financier a vocation à connaître d'affaires étrangères à sa compétence matérielle au motif que celles-ci sont médiatiques. Par exemple, le parquet financier serait compétent pour la poursuite d'infractions ne rentrant pas dans les prévisions de l'article 705 du Code de procédure pénale si elles ont un fort impact médiatique. Tel pourrait être le cas si l'affaire, bien que n'étant pas d'une grande complexité, concerne un candidat à l'élection présidentielle. L'interprétation de ces critères s'avère particulièrement délicate[80], ce qui n'est pas pour faciliter l'insertion d'un parquet hautement spécialisé dans une organisation institutionnelle qui fait depuis longtemps l'objet d'une spécialisation.

[80] M. BABONNEAU, « La compétence du nouveau procureur financier : un casse-tête à venir », *D. act.* 7 févr. 2014.

B - L'articulation entre un parquet « hyper spécialisé » et les autres institutions spécialisées

313. Les risques d'un parquet omniscient. A vouloir saisir le parquet national financier d'un nombre important d'affaires, les autorités prennent le risque de dénaturer son caractère spécial et exceptionnel. Comme pour les autres parquets (ordinaires ou spécialisés), le parquet national financier est saisi en application de l'article 40 du Code de procédure pénale. C'est-à-dire que la loi ne prévoit pas, de manière générale, de différence quant à la saisine du procureur de la République financier, le plaçant à égalité avec les autres magistrats du parquet. Néanmoins, la circulaire ministérielle du 31 janvier 2014, sans doute par excès de zèle, vient préciser de façon maladroite les modalités de saisine du procureur de la République financier. A titre préalable, notons que le texte expose que le parquet national financier sera l'interlocuteur exclusif de l'Autorité des marchés financiers et le destinataire direct de ses signalements. Cette position, reprise par la loi n° 2016-819 du 21 juin 2016, est logique dans la mesure où le procureur financier dispose d'une compétence exclusive en matière de délits boursiers. Cependant, la circulaire continue en précisant que « les signalements de la Haute autorité pour la transparence de la vie publique et de la Cour des comptes ont vocation à lui être transmis ; il apprécie sa compétence et les redirige le cas échéant vers les parquets territorialement compétents ». A la lecture ce texte, il apparaît que le procureur financier peut ainsi être informé par ces autorités d'infractions exemptes de grande complexité et étrangères à sa compétence matérielle. Ce dernier jouerait alors le rôle de distributeur de compétence et chargerait du dossier, le cas échéant, soit une juridiction interrégionale spécialisée soit un tribunal de grande instance de droit commun. Il est difficilement compréhensible qu'une de ces institutions ne s'adresse pas au procureur territorialement compétent lorsque l'infraction en question n'est pas de la compétence du parquet financier ou qu'elle n'est pas d'une grande complexité. Il est d'autant plus critiquable que dans ces cas de figure, le procureur financier se déclarera sans doute incompétent et chargera un parquet local de l'affaire. L'efficacité et la clarté du texte s'en trouve atteintes, le traitement du dossier et la transmission au procureur finalement compétent engendrant du temps et des coûts inutiles. Alors que le texte légal parle de compétence concurrente, la circulaire semble donner priorité au procureur financier notamment dans ses rapports avec certaines institutions publiques précitées. La justification d'une telle procédure n'est pas fondée sur des dispositions d'ordre juridique mais davantage politique. Comme expliqué précédemment, le procureur de la République financier a, selon la garde des Sceaux, vocation à connaître des dossiers ayant un fort retentissement peu importe finalement leur

grande complexité. Un signalement de la Cour des comptes concernant un élu fortement médiatisé suspecté d'avoir commis une infraction de droit commun et sans aucune complexité aura donc vocation à être directement et exclusivement transmis au procureur financier. On comprend d'ailleurs mal pourquoi la circulaire se borne à mentionner ces deux autorités alors que d'autres autorités administratives indépendantes auraient vocation à l'informer de signalements similaires.

Par ailleurs, la circulaire termine en ces termes maladroits : « concernant les autres intervenants, dans un souci de clarté et de simplification de transmission de l'information, il apparaît nécessaire que le parquet territorialement compétent demeure leur référent principal, sous réserve d'une appréciation au cas par cas ». La clarté et la précision auraient été au contraire de ne pas diviser les deux autorités citées et les autres, et de laisser chacune saisir et informer le parquet compétent selon les critères légaux, c'est-à-dire un tribunal de grande instance de droit commun, une juridiction interrégionale spécialisée ou le procureur de la République financier. Ce passage de la circulaire est d'autant plus regrettable que la loi et les textes d'application ont pris la peine d'instaurer des règles spécifiques en cas de conflit de compétence.

314. Les inévitables conflits de compétence. A l'instar des parquets des juridictions interrégionales spécialisées, le parquet national financier exerce ses fonctions de manière concurrente aux juridictions de droit commun[81]. En créant un troisième niveau de spécialisation, le législateur a forcément accentué la concurrence entre les différents parquets. Comme le souligne Monsieur le Professeur Etienne VERGES, « [...] derrière l'effet d'annonce politique, la création de cette nouvelle institution spécialisée à forte visibilité politique masque une grande complexité procédurale. La multiplicité des autorités compétentes en matière de délinquance économique et financière n'a pas été réduite »[82]. De plus, le procureur national financier ne peut arguer d'une quelconque spécialisation face aux parquets des juridictions interrégionales spécialisées pour justifier sa saisine. D'une part, le parquet national financier exerce une compétence concurrente vis-à-vis des parquets locaux en ce qui concerne la poursuite des délits de corruption d'agents publics nationaux et étrangers prévus aux articles

[81] Art. 705 C. pr. pén.

[82] E. VERGES, « Le procureur de la République financier : entre projet politique et recherche de l'efficacité », *art. préc.*, p. 143.

435-1 à 435-10 du Code pénal[83]. D'autre part, le parquet national financier exerce une compétence concurrente de celle des parquets des juridictions interrégionales spécialisées et des parquets des tribunaux de grande instance de droit commun en ce qui concerne les infractions suivantes : les atteintes à la probité telles que la corruption d'agent public, le trafic d'influence, la prise illégale d'intérêts, le pantouflage, le favoritisme, le détournement de fonds de publics ainsi que les délits d'obtention illicite de suffrage en matière électorale, lorsque ces affaires apparaissent d'une grande complexité, mais également la fraude fiscale et le blanchiment de toutes ces infractions. Dans ces conditions, il n'est pas rare de se retrouver avec potentiellement trois parquets compétents pour connaître de la même infraction. Nous pouvons légitimement émettre des réserves quant à la nécessité d'une telle situation, laquelle peut engendrer des conflits de compétence et impacter le bon déroulement de l'enquête. Aussi, et pour éviter tout problème à ce sujet et assurer une parfaite ventilation des dossiers, il a été nécessaire de prévoir des règles de dessaisissement entre les parquets.

315. Les règles de dessaisissement. Comme vu précédemment, la concurrence des compétences amène à poser des règles de dessaisissement afin d'éviter les hypothèses de double saisines et de faciliter au mieux la transmission des dossiers à l'autorité la plus compétente. Notons que là aussi, ce qui pourrait s'avérer simple et clair à la lecture des textes légaux se retrouve confus par les termes de la circulaire ministérielle du 31 janvier 2014 qui a eu le souhait de combler certains vides législatifs. De façon traditionnelle, l'article 705-2 du Code de procédure pénale prévoit un schéma identique aux règles de dessaisissement au profit d'une juridiction interrégionale spécialisée. Lorsqu'un procureur de la République de droit commun souhaite se dessaisir au profit du procureur national financier, celui-ci requiert le juge d'instruction qui rendra une ordonnance motivée. Soumise au contrôle de la Chambre criminelle de la Cour de cassation, cette ordonnance sera suffisamment motivée pour transmettre le dossier au procureur financier par exemple lorsque le juge d'instruction précise que « les faits d'escroquerie en bande organisée, d'une grande complexité, portent sur la taxe sur la valeur ajoutée du marché spécifique des droits carbone et revêtent d'une dimension internationale ; […] que le parquet national financier est saisi d'une vingtaine de dossiers concernant des délits similaires qui mettent en cause les mêmes équipes, utilisant les mêmes réseaux pour commettre les escroqueries et procéder au blanchiment de leurs produits ». Les

[83] M. BABONNEAU, « La compétence du nouveau procureur financier : un casse-tête à venir », *art. préc.*

conflits de compétence, sans être bénéfiques, se trouvent généralement bien réglés par les textes légaux. Néanmoins, des difficultés apparaissent lorsque des conflits naissent entre parquets au sujet de la transmission des dossiers. A ce propos, l'article 705-4 du Code de procédure pénale se contente d'affirmer que « le Procureur général près la cour d'appel de Paris anime et coordonne, en concertation avec les autres procureurs généraux, la conduite de la politique d'action publique pour l'application de l'article 705 ». Ce qui étonne, c'est que le parquet général de Paris n'est pas hiérarchiquement supérieur aux autres parquets généraux, ce qui peut conduire à un désaccord persistant quant à la ventilation des dossiers. C'est face à ce laconisme que le Ministère de la justice a eu la volonté de préciser la portée des dispositions du code. Ainsi, la circulaire du 31 janvier 2014 prévoit l'intervention de la direction des affaires criminelles et des grâces, pour organiser le dialogue puisque cette dernière n'a aucune compétence pour attribuer les dossiers. Au regard de ce qui précède, il est légitime de s'interroger sur la cohérence de la politique de dessaisissement en cas de conflit entre les différents parquets, un auteur préconisant l'instauration d'un pouvoir d'évocation[84]. Cette situation peut grandement nuire à l'efficacité de ces autorités qui pourtant, sont une raison du recours au droit pénal dans la vie des affaires.

[84] F. STASIAK, « L'éviction du juge pénal en matière économique et financière », *Archives de politique criminelle, art. préc.*, p. 21.

CONCLUSION TITRE 2

316. Etudier le principe de nécessité sous un angle procédural et positif a pu surprendre tant cet aspect est traditionnellement éludé. Néanmoins, l'intervention formelle du droit pénal dans la vie des affaires est une des raisons qui rend ce dernier nécessaire. Bien que cette intervention formelle ait pu faire l'objet d'une distinction entre la procédure pénale et l'organisation judiciaire, ces deux éléments sont marqués par un caractère commun : l'adaptation.

317. Le droit pénal de forme est nécessaire en matière économique essentiellement car il a su d'adapter aux évolutions de la délinquance financière. Concernant la procédure pénale, cette dernière a subi de profonds bouleversements ces dernières années pour atteindre les objectifs qui sont les siens, à savoir détecter les infractions, en identifier les auteurs et en rassembler les preuves. De ce point de vue, le droit pénal a parfaitement su innover pour permettre une détection accrue des infractions d'affaires, souvent marquées par la clandestinité, tout en offrant un système probatoire efficient. Aussi, il est possible d'affirmer aujourd'hui qu'il existe une procédure pénale propre à la délinquance d'affaires, qui tend à une plus grande répression en permettant de détecter aisément les infractions (en allongeant la prescription ou en facilitant la dénonciation), en identifier les auteurs et en recueillir plus facilement les preuves (en offrant des mesures d'enquête spéciales et dérogatoires) et d'en établir de façon plus simple les éléments constitutifs (notamment par le jeu de présomptions).

En outre, il eut été possible de penser que la compétence des juridictions répressives était une conséquence logique de l'intervention au fond du droit pénal, ces dernières n'étant pas en elles-mêmes une raison du recours au droit pénal en matière financière. Evidemment, seule la justice pénale a le pouvoir de statuer sur les incriminations. Toutefois, cette justice pénale a elle aussi été l'objet de grandes modifications et d'un mouvement de spécialisation qui lui

permettent aujourd'hui de légitimer l'intervention pénale dans la vie des affaires. Comme nous l'avons vu, le juge pénal était le talon d'Achille du droit pénal dans la sphère financière, conduisant notamment à la création d'autorités de régulation qui pouvaient se targuer d'une spécialisation accrue dans leur domaine. Cette position est désormais remise en cause par la spécialisation constante des institutions judiciaires tant au niveau de l'enquête, que de l'instruction ou du jugement. Ainsi, il existe une réelle justice pénale spécialisée en matière économique et financière qui rend le droit pénal nécessaire, ce qui serait de nature à remettre en question la nécessité des autorités administratives indépendantes en la matière.

318. Ces évolutions d'ordre procédural ont eu une conséquence importante quant au principe de nécessité. Alors que la justice pénale jouait plutôt en défaveur d'une intervention pénale, elle constitue désormais une force, une impulsion déterminante. En d'autres termes, le droit pénal de forme est nécessaire en matière économique d'une part parce qu'il propose une procédure adaptée et efficace et d'autre part parce qu'il offre une organisation juridictionnelle spécialisée. Compte tenu de ces éléments, il est possible d'affirmer que son intervention formelle est une raison qui rend le droit pénal nécessaire dans la vie des affaires.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

LE PRINCIPE DE NECESSITE, MOTEUR A L'INTERVENTION DU DROIT PENAL DANS LA VIE ECONOMIQUE

319. Pointé du doigt pour ces lacunes et son inefficacité, le droit pénal présente aujourd'hui de nombreux arguments en faveur de son intervention dans la matière économique et financière. A l'évidence, le droit pénal des affaires justifie pleinement la place qui est la actuellement sienne dans la lutte contre la criminalité financière. Plus encore, il est légitime de s'interroger sur la nécessité d'un renforcement de cette intervention.

Les développements précédents articulaient cette nécessité autour de deux principaux axes qui légitiment le recours au droit pénal. D'une part, celui-ci s'avère traditionnellement nécessaire en raison de son caractère sanctionnateur, lequel s'est fortement renforcé par une adaptation croissante de l'arsenal répressif à la délinquance en col blanc. D'autre part, et de manière plus inattendue, le droit pénal justifie pleinement son intervention d'un point de vue formel. Ce dernier élément comprend tant la procédure pénale en tant que telle que l'organisation de la justice répressive en la matière.

320. Sanctionnateur par nature, le droit pénal tire sa principale force de son aspect répressif, au service des autres branches du droit. Même si l'on ne peut pas occulter complètement son caractère déterminateur, force est de constater que le recours au droit pénal dans la vie des affaires est essentiellement dû à ses caractéristiques répressives. La peine est donc un argument en faveur de l'intervention du droit pénal en matière économique. En réalité, ce n'est pas tant l'arsenal répressif en lui-même qui confère une force d'intervention au droit

pénal car mise à part la peine privative de liberté, les autres sanctions sont communes avec les autres droits. Aussi, il est opportun de se pencher non pas sur l'aspect quantitatif des peines, mais plutôt sur leur aspect qualitatif. En ce sens, nous pouvons constater une importe adaptation de ces dernières à la délinquance d'affaires.

Il ne fait aucun doute que l'on ne peut pas réprimer de la même manière la criminalité de droit commun et la criminalité économique et financière. Le délinquant en col blanc est mû par un intérêt pécuniaire et la recherche du profit, c'est-à-dire qu'il ne se décidera à commettre une infraction que si celle-ci lui présente un avantage par rapport aux coûts exposés. Partant de ce constat, il était nécessaire pour le législateur de prévoir d'autres peines permettant de lutter efficacement contre cette délinquance. La peine d'amende elle-même a connu de profondes modifications dans la fixation de son quantum, lequel est aujourd'hui fréquemment variable. En outre, un intérêt tout particulier a été porté à la privation du profit, notamment par le biais de l'association entre les saisies et la confiscation, mesures particulièrement dissuasives et adaptées en droit pénal des affaires.

Au regard de ces éléments, il apparaît que l'adaptation est une notion centrale dans l'étude de la nécessité du recours au caractère sanctionnateur du droit pénal dans la matière économique et financière. Certes, les peines traditionnelles sont toujours présentes mais le législateur a su adapter l'arsenal répressif à une délinquance particulière, apportant une réponse qui semble nécessaire. Nous pouvons affirmer que le droit pénal dispose d'une force répressive plus conséquente et plus diversifiée que celle reconnue aux autorités de régulation. Ce point le rend incontestablement nécessaire dans la vie économique, son pouvoir répressif justifiant son recours en la matière.

321. Le deuxième argument en faveur de l'intervention du droit pénal se situe sur le plan procédural. Il eut été illusoire de le considérer comme totalement nécessaire si seul son arsenal répressif s'était adapté à la délinquance économique, sans que la procédure pénale n'évolue dans le même sens. La procédure pénale a dû faire face aux spécificités de la délinquance financière qui, contrairement à la criminalité de droit commun, met en place des stratagèmes des plus sophistiqués, des plus compliqués à déceler pour dissimuler la commission des infractions. Il était dès lors indispensable de penser des outils procéduraux capables de détecter au mieux les agissements litigieux. En ce sens, le droit pénal propose des règles de prescription particulières, a accordé de plus grandes possibilités pour se constituer partie civile et permet de nombreux cas de dénonciation et de collaboration entre les autorités et les acteurs

économiques. L'accent fut également mis sur l'enquête et les mesures dérogatoires dont le but est de contrer une délinquance toujours plus organisée.

Au-delà de ces aspects de procédure pénale, le droit pénal tire également sa force et se rend nécessaire par une spécialisation croissante de la justice pénale. L'aspect institutionnel du droit pénal des affaires est un facteur important de son intervention dans le domaine économique. Autrefois cause de son exclusion et de la mise en place des autorités de régulation, le juge répressif est aujourd'hui un argument en faveur de l'intervention du droit pénal en raison de sa spécialisation. Malgré certaines lourdeurs et juxtaposition de compétences regrettables, le système actuel va dans le sens d'une nécessité croissante de recourir au droit pénal. Mais il ne faut pas s'y méprendre, la mise à l'écart du juge pénal en matière financière reste une question d'actualité et les preuves contemporaines de son éviction ne manquent pas[85].

En conclusion, le droit pénal a donc su s'adapter à la délinquance d'affaires et dépasser son cadre traditionnel tant du point de vue répressif que procédural. Bien entendu cette mutation requiert du temps, des tentatives parfois malheureuses, mais on ne peut que saluer les interventions du législateur qui redonnent force et légitimité au droit pénal dans la vie économique et financière. Comme nous avons pu le constater, de nombreux points qui étaient hier en défaveur de l'intervention du droit pénal sont aujourd'hui des arguments le rendant nécessaire.

[85] F. STASIAK, « L'éviction du juge pénal en matière économique et financière », *Archives de politique criminelle*, *art. préc.*, p. 10.

CONCLUSION GENERALE

322. A l'issue de nos recherches sur le principe de nécessité en droit pénal des affaires, il nous est possible d'affirmer que :

323. Traditionnellement, le principe de nécessité est abordé par son versant négatif, en tant que frein à l'intervention pénale dans la vie économique. De ce point de vue, on peut regretter que le principe de nécessité des incriminations tel qu'édicté par l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ne dispose plus de la force qui était la sienne à l'origine. Alors qu'il a pour rôle de fonder tout interdit, il est aujourd'hui galvaudé tant par le législateur lui-même, qui ne respecte pas ses commandements, que par le Conseil constitutionnel, qui ne s'y réfère jamais pour exercer son contrôle sur la conformité de la loi. Aussi, on ne peut qu'encourager un véritable retour aux fondements initiaux du principe de nécessité des incriminations, ce qui pourrait être facilité par son insertion au sein du Code pénal. En effet, le principe de nécessité constitue la raison d'être du droit pénal et doit être à ce titre regardé comme un principe fondamental de la politique criminelle, auquel le législateur doit se référer expressément lorsqu'il s'interroge sur l'opportunité d'incriminer un comportement.

En outre, même s'il jouit d'une notoriété bien plus importante, le principe de nécessité des peines est également dans une position de fragilité. Concurrencé par de nombreux principes, dont le principe de proportionnalité qui en est un corollaire, il fait l'objet d'une application partielle. De même, son versant procédural, qui se veut être un rempart aux atteintes aux libertés individuelles, intervient parfois de façon hasardeuse. Pourtant, le principe de nécessité doit jouer un rôle central en droit pénal des affaires, en contenant l'intervention législative et en évitant une sévérité exagérée dans la répression. Il est dès lors utile que le

législateur et les juges reviennent à une conception stricte du principe de nécessité, ce qui serait bénéfique pour le droit pénal. Un droit pénal juste, clair et modéré a davantage de chance d'être respecté.

324. De façon plus innovante, notre thèse a voulu aborder un versant méconnu du principe de nécessité, son aspect positif. Aussi, dès lors que le droit pénal est nécessaire, il doit intervenir. Cette position nous a servi de point de départ pour dépasser cette affirmation en nous interrogeant sur les raisons profondes du recours au droit pénal dans la vie des affaires. Dans cette perspective positive, notre étude a voulu se démarquer de la traditionnelle appréhension du principe de nécessité en tant que barrière à l'intervention pénale. Cette nouvelle approche nous a permis d'éclairer des points primordiaux pour la matière. Ainsi, nous avons pu constater que le droit pénal tient sa nécessité de son caractère répressif, en ce qu'il offre des peines qui lui sont propres et qui atteignent des objectifs centraux pour lutter contre la délinquance économique et financière. En conséquence, cette étude a permis d'esquisser ce qu'était une peine nécessaire en matière économique, de comprendre quelle combinaison de peines était la plus efficiente.

De plus, nous pouvons affirmer que le droit pénal tire sa nécessité dans le domaine financier de sa procédure, tant des mesures procédurales elles-mêmes que des organes de la justice pénale. Mais s'il fallait retenir deux caractéristiques de l'intervention pénale dans l'économie il faudrait relever d'une part la spécialisation et d'autre part l'adaptation aux difficultés intrinsèques à la criminalité financière. Ces deux éléments ont fondé une profonde mutation d'un droit pénal classique, voire archaïque vers un système répressif qui dispose des armes adéquates pour combattre la délinquance en col blanc.

325. Enfin, l'ensemble de notre étude, qui combine cette approche traditionnelle et cette appréhension novatrice du principe de nécessité, nous permet de dire que le droit pénal doit s'inscrire dans un cadre d'équilibre dans la vie des affaires. Ce dernier possède de nombreuses caractéristiques qui le rendent nécessaire, indispensable, mais ses interventions doivent être mesurées en raison de sa sévérité. Finalement, ces deux aspects, positifs et négatifs, du principe tirent chacun leur force l'un de l'autre. Le droit pénal ne sera appelé parce que nécessaire que lorsque dans d'autres situations il aura su lui-même s'abstenir, la modération justifiant ainsi son recours. Si cette règle est respectée, il est possible d'affirmer avec un autre

auteur, que malgré ces différentes imperfections, le droit pénal reste nécessaire dans la vie économique[86].

[86] Y. GUYON, « De l'inefficacité du droit pénal des affaires », *art. préc.*, p. 52.

BIBLIOGRAPHIE

I - OUVRAGES GENERAUX, TRAITES ET MANUELS

AVRIL P. et GICQUEL J.
Lexique de droit constitutionnel, PUF, collection « Que sais-je ? », 4e édition, 2013.

BLUM E.
La déclaration des droits de l'homme et du citoyen, Alcan, 14e édition, 1909.

BONIS-GARCON E. et PELTIER V.
Droit de la peine, LexisNexis, collection « Manuel », 2e édition, 2015.

BOULOC B.
Droit pénal général, Dalloz, collection « Précis », 25e édition, 2017.

BUISSON J. et GUINCHARD S.
Procédure pénale, LexisNexis, collection « Manuel », 10e édition, 2014.

CADIET L. et JEULAND E.
Droit judiciaire privé, LexisNexis, collection « Manuel », 9e édition, 2016.

CARRE DE MALBERG R.
Contribution à la théorie générale de l'Etat, S. 1920. I. p. 224.

CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P.
Droit pénal général, Armand Collin, collection « Collin U », 7e édition, 2004.

CORNU G.
Vocabulaire juridique, PUF, 1987.

COZIAN M., DEBOISSY F. et VIANDIER A.
Droit des sociétés, LexisNexis, collection « Manuel », 28e édition, 2015.

DEBARD T. et GUINCHARD S.
Lexique des termes juridiques 2016-2017, Dalloz, collection « Lexiques », 24e édition, 2016.

DECIMA O., DETRAZ S. et VERNY E.
Droit pénal général, LGDJ, collection « Cours », 2014.

DESPORTES F. et LAZERGES-COUSQUET L. : *Traité de procédure pénale*, Economica, collection « Corpus-Droit privé », 4e édition, 2015.

DESPORTES F. et LE GUNEHEC F.
Droit pénal général, Economica, collection « Corpus droit privé », 16è édition, 2009.

DREYER E.
Droit pénal général, LexisNexis, collection « Manuel », 4e édition, 2016.

FAVOREU L. et PHILIP L.
Le Conseil constitutionnel, PUF, collection « Que sais-je ? », 7e édition, 2005.

GARCON M.
Journal (1939-1945), Les Belles Lettres, Fayard, 2015.

GARRAUD R.
Traité théorique et pratique de droit pénal français, 6 T., Sirey, 3e édition, 1913-1935.

GIUDICELLI-DELAGE G.
Droit pénal des affaires, Dalloz, collection « Mémentos », 6e édition, 2006, p. 13.

JEANDIDIER W.
Droit pénal des affaires, Dalloz, collection « Précis », 6e édition, 2005.

KOLB P. et LETURMY L.
Droit pénal général, Gualino, collection « Mémentos LMD », 2e édition, 2008.

LAZERGES C.
La politique criminelle, collection « Que sais-je ? », PUF, 1987.

LEPAGE A., MAISTRE DU CHAMBON P. et SALOMON R.
Droit pénal des affaires, LexisNexis, collection « Manuel », 4e édition, 2015.

MATHIEU B. et VERPEAUX M.
Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux, LGDJ, collection « Manuel », 2002.

MATSOPOULOU H. et ROBERT J.-H.
Traité de droit pénal des affaires, PUF, collection « Droit fondamental », 2004.

MERLE R. et VITU A.
Traité de droit criminel, T. 1, *Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, Cujas, 7e édition, 1997.
Traité de droit criminel, T. 3, *Droit pénal spécial*, Cujas, 1982.

PRADEL J.
Droit pénal général, Cujas, collection « Référence », 16e édition, 2006.

RASSAT M.-L.
Droit pénal spécial, Dalloz, collection « Précis », 5e édition, 2006.

RENUCCI J-F.
Droit européen des droits de l'homme, LGDJ, collection « Manuel », 5e édition, 2013.

RIPERT G. et ROBLOT R.
Traité élémentaire de droit commercial, LGDJ, 5e édition, 1963.

RUBI-CAVAGNA E.
L'essentiel du droit pénal de l'Union européenne, Guliano, collection « Carrés rouges », 2014.

ROBERT J.-H.
Droit pénal général, PUF, collection « Thémis droit », 6e édition, 2005.

STASIAK F.
Droit pénal des affaires, LGDJ, collection « Manuel », 2e édition, 2009.

VERON M.
Droit pénal des affaires, Dalloz, collection « Cours », 11e édition, 2016.

II – THESES ET OUVRAGES SPECIAUX

BECCARIA C.
Traité des délits et des peines, Trad. Par M. Chevallier, Flammarion, 1991.

CARBASSE J.-M.
Histoire du droit pénal et de la justice criminelle, PUF, collection « Droit fondamental », 2014.

CARBONNIER J.
Droit et passion du droit sous la Vème République, Flammarion, collection « Champs », 1996.

COMBE E.
Economie et politique de la concurrence, Dalloz, collection « Précis », 2005.

CONAC G., DEBENE M. et TEBOUL G. : *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, Economica, 1993.

COULON J.-M.
La dépénalisation de la vie des affaires, La Documentation française, collection « Rapports officiels », 2008.

CUTAJAR C.
La société écran, essai sur sa notion et son régime juridique, LGDJ, collection « Bibliothèque de Droit privé », 1998.

DE GRAEVE L.
Essai sur le concept de droit de punir en droit interne, Thèse, Lyon III, 2006.

DELMAS-MARTY M.
Les chemins de la répression. Lectures du Code pénal, PUF, collection « Droit d'aujourd'hui », 1980.

DERRIEN A.
Les juges français de la constitutionnalité, Bruylant, collection « Bibliothèque européenne de droit constitutionnel », 2003.

DEVOS D. et LOUIS J.-V.
L'éthique des marchés financiers, Edition de l'Université de Bruxelles, 1991.

DOMAT J.
Quatre livres du droit public, Firmin didot, Paris 1828, PU Caen 1989.

FAURE M. et OGUS A.
Economie du droit : le cas français, Panthéon-Assas, collection « Droit comparé », 2002.

FOUCAULT M.
Surveiller et punir, Gallimard, 1975.

GROTIUS H.
Le droit de la guerre et de la paix, trad. J. BERBEYRAC, Amsterdam, 1724.

JEAN J.-P.
Le système pénal, La Découverte, collection « Repères », 2008.

KOPP P.
Analyse économique de la délinquance financière, Contrat avec le GIP, Mission Justice, sept. 2001.

MARINI PH.
La modernisation du droit des sociétés, La Documentation française, collection « Rapports officiels », 1996.

MONTESQUIEU
De l'Esprit des lois, Galliard 1995.

MORANGE J.
La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, PUF, collection « Que sais-je ? », 2002.

PARIZOT R.
La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée, le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie, LGDJ, collection « Thèses », 2010.

PLAWSKI S.
Droit pénitentiaire, Presses universitaires du Septentrion, 1976.

PORTALIS
Discours préliminaire du premier projet de Code civil, Confluences, préf. M. Massenet, réédition de 1999.

RIALS S.
La déclaration des droits de l'homme et du citoyen, Hachette, collection « Pluriel », 1988.

ROUSSEAU J.-J.
Du contrat social ou principes du droit politique, 1762, Flammarion, réédition de 2001.

ROYER G.
L'efficience en droit pénal économique, LGDJ, collection « Droit et économie », 2009.

SMITH A.
Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations, GF-Flammarion, 1991 (rééd. 1776), 2 vol.

SONNTAG C.
La prise en compte des opérations d'initiés par le droit : une approche économique, Thèse Nancy, 1995.

STASIAK F.
Nature des autorités de régulation à pouvoirs répressifs et garanties fondamentales de la personne, Thèse Nancy 1995.

TEULON F.
Vocabulaire économique, PUF, collection « Que sais-je ? », 3e édition, 1996.

VAN DE KERCHOVE M.
Le droit sans peine, F.U.S.L., M. VAN DE KERCHOVE, Le droit sans peine, F.U.S.L., collection « Droit », 2002, p. 323.

VERNIER E.
Techniques de blanchiment et moyens de lutte, Dunod, collection « Fonctions de l'entreprise », 3e édition, 2013.

III – ARTICLES, ETUDES ET CHRONIQUES

AGUILA Y. et DEZEUZE E.
« Le Conseil constitutionnel valide la création du procureur de la République financier », *Gaz. Pal.*, 14 déc. 2013, n° 347-348, p. 15 et s.

ALBERTIN S. et DAOUD E.
« L'autorité de la concurrence : les pouvoirs d'enquête au crible des droits de la défense », *RLDA* 2014/93, p. 102 et s.

ALLAIN E.
« Les saisies et confiscations pénales », *D. act.* 12 avr. 2012.

ASCENSI L.
Rép. pén., v. Saisies spéciales, sept. 2014.

BABONNEAU M.
« La compétence du nouveau procureur financier : un casse-tête à venir », *D. act.* 7 févr. 2014.
« Le *non bis in idem* fiscal aux portes du Conseil constitutionnel », *D. act.* 31 mars 2016.

BAUX D. et TIMBART O.
Les condamnations de personnes de 2003 à 2005, Ministère de la Justice, 2008.

BELLEZZA A.
« Les timides apports de la directive et du règlement communautaire du 16 avril 2014 en matière de répression des abus de marché », *RSC* 2015, p. 383 et s.

BENEJAT M.
« La détection des fraudes fiscales : les nouveaux acteurs », *Dr. fiscal*, n° 46, 2014, p. 617.

BERTRAND M.
« La part de la loi, la part du règlement. De la limitation de la compétence réglementaire à la limitation de la compétence législative », *Pouvoirs* 3/2005, p. 73-87.

BLANC D.
« Droit de la concurrence : la dépénalisation n'est pas la solution », *AJ Pénal* 2008, p. 69.

BLANCHOT A.
« Infractions en matière économique et financière », *J.-Cl. Proc. pén.*, fasc. 20, juill. 2005.

BLAZY R.
« La pertinence économique de l'incrimination de l'abus de biens sociaux », *LPA*, 19 mai 2005, n° 99, p. 29.

BOIZARD M.
« Les sanctions pénales applicables aux personnes morales, amende, confiscation, affichage ou communication de la décision », *Rev. sociétés*, 1993, p. 330.

BONFILS PH.
« L'action civile en droit pénal des affaires » ; *Dr. et pat.* 2006, n° 149, p. 82 et s.

BONIS-GARCON E.
« Interdictions en matière économique et financière », *J.-Cl. Pénal des affaires*, fasc. 10, juil. 2014.

BOULOC B.
« Présomption d'innocence et droit pénal des affaires », *RSC* 1995, p. 465.
« La place du droit pénal dans le droit des sociétés », in *La place du droit pénal dans la société contemporaine*, Dalloz, 2000, p. 17 et s.
« Brèves remarques sur les aspects de droit pénal de la loi sur les nouvelles régulations économiques », *Rev. sociétés*, 2001, 645.
« La dépénalisation dans le droit pénal des affaires », *D.* 2003, p. 2492.
« Les incapacités en matière commerciale (après l'ordonnance du 6 mai 2005) », *RJ com*. 2006, p. 9 et s.

BOUSTA R.
« Contrôle constitutionnel de proportionnalité. La spécificité française à l'épreuve des évolutions récentes », *RFDC*, 2011/4, n° 88, p. 913-930.

BOYER L.
« L'adéquation du droit pénal français à la délinquance fiscale », *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, t. XX, 1972, p. 137 s.

BUCK V.
« Le Conseil constitutionnel peut-il imposer des limites aux politiques de pénalisation ou de dépénalisation ? », *RSC* 2002, p. 672.
« Constitution et limite au pouvoir d'incrimination », *RSC* 2003, p. 616.

CAHN O.
« Le principe de nécessité en droit pénal – thèse radicale », in *Le principe de nécessité en droit pénal, Actes de la journée d'études radicales du 12 mars 2012*, dir. O. CAHN et K. PARROT, LEJEP, 2014, p. 17 et s.

CAILLIBOTTE M.
« Bilan des juridictions inter régionales spécialisées », *AJ pénal* 2010, p. 110.

CARCASSONNE G.
« Penser la loi », *Pouvoirs*, 3/2005 (n° 114), p. 39-52.

CARIO R.
Rép. pén., v. « Justice restaurative », 2010, n° 23.

CARRITHERS D.W.
« La philosophie pénale de Montesquieu *», Revue Montesquieu* n° 1, p. 39-63.

CARTIER M.-E.
« Les principes constitutionnels du droit répressif », in *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, Colloque des 9-10 décembre 1994, PUAM, 1995, p. 153 et s.

CASTAING C.
« La ratification implicite des ordonnances de codification. Haro sur « La grande illusion » », *RFDC* 2004/2, p. 275 et s.

CATELAN N.
« Lutte contre la délinquance économique », *RSC* 2014, p. 393.

CAVERIVIERE M.
« Article 8 », in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, dir. G. CONAC, M. DEBENE et G. TEBOUL, Economica, 1993, p. 173 et s.

CHAPUT Y.
« La pénalisation du droit des affaires : vrai constat et fausses rumeurs », *Pouvoirs* 2009/1, p. 87-102.

CHETARD G.
« La proportionnalité de la répression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RSC* 2013, p. 51.

CLAUDEL E.
« L'appartenance à un groupe au crible du principe d'individualisation de la sanction en l'absence d'unité économique : la valse à quatre temps de la Cour de cassation », *RTD Com*. 2015, p. 84.

COHEN-BRANCHE M.
« Le droit répressif non pénal : un droit plus adapté ? L'exemple de l'Autorité des marchés financiers », *Dr. pén.*, sept. 2009, ét. 22.

CONAC P.-H.
« Loi ° 2016-819 du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché », *Rev. sociétés,* 2016, p. 469 et s.

COPPENS Ph.
« La fonction du droit dans une économie globalisée », *Revue internationale de droit économique*, 2012/3 (t. XXVI), p. 269-294.

COSSON J.
« L'inflation pénale dans la loi française sur les sociétés commerciales », *RID pén*., 1987, p. 69.

COULON J.-M.
« Les nouveaux champs de pénalisation, excès et lacunes », *Pouvoirs*, 2009/1, n° 128, p. 5-12.

CUTAJAR C.
« Le nouveau droit des saisies pénales », *AJ pénal*, 2012, p. 124.
« Le volet répressif de la loi sur la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance financière », *AJ pénal*, 2013, p. 638.
« La lutte contre la grande délinquance économique et financière après le lois du 6 décembre 2013 », *Rev. pénit.* 2013, p. 783.

DALLEST J.
« La JIRS de Marseille : un lustre d'activité dans la lutte contre la grande criminalité », *AJ pénal* 2010, p. 114.

DANIEL J.-M.
« L'économie de marché : liberté et concurrence », in *L'économie politique, Altern. économiques*, 2008/1 n° 37, p. 38-50.

DAOUD E. et SOBEL M.
« Les saisies pénales appliquées à la matière fiscale », *Rev. Lamy dr. aff.*, avril 2016, n° 114 p. 28 et s.

DARSONVILLE A.
« Les sanctions pénales », in *Le principe de nécessité en droit pénal*, Actes de la journée d'études radicales du 12 mars 2012, dir. O. CAHN et K. PARROT, LEJEP, 2014, p. 97.
« Recul du point de départ de la prescription de l'action publique et suspension du délai : le flou actuel et à venir ? », *AJ pénal* 2016, p. 306.

DE BECHILLON D.
« De quelques incidences du contrôle de la conventionalité internationale des lois par le juge ordinaire (malaise dans la Constitution) », *RFDA* 1998, p. 225.

DECHENAUD D.
« Interprétation téléologique ou interprétation par analogie », in *Histoire et méthodes d'interprétation en droit criminel*, Dalloz, 2015, p. 137 et s.

DE GOUTTES R.
« Droit pénal et droits de l'homme », in *La place du droit pénal dans la société contemporaine*, Dalloz, 2000, p. 133 et s.

DE GRAEVE L.
« Réflexions sur le souhait des magistrats du quai de l'horloge de remettre les pendules (de la matière répressive) à l'heure (à propos de Cass. crim., 22 janv. 2014, n° 12-83.579 et Cass. com., 21 janv. 2014, n° 12-29.166), *Dr. pén.*, avr. 2014, ét. 26.

DELABRUYERE D., HERMILLY J. et RUELLAND N.
« La délinquance économique et financière sanctionnée par la justice », *Infostat Justice* 2002, n° 62.

DE LAMY B.
« Le principe de la légalité criminelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *C.C.C.*, n° 26, 2009.
« Dérives et évolution du principe de la légalité en droit pénal français : contribution à l'étude des sources du droit pénal français », *Les Cahiers de droit*, V. 50, n°3-4, 2009, p. 585-609.

DELESALLE H. et LAZERGES C.
« Parlement et parlementaires dans l'élaboration de la loi pénale », in *La place du droit pénal dans la société contemporaine*, Dalloz, 2000, p. 145 et s.

DELMAS-MARTY M.
« L'enjeu d'un code pénal, réflexions à propos de l'inflation des lois pénales en France », in *Mélanges offerts à Robert LEGROS*, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1985, p. 165-177.
« Pour des principes directeurs de législation pénale », *RSC* 1985, p. 225-229.
« Criminalisation et infractions financières, économiques et sociales », *RSC* 1977, p. 509 et s.

DELMAS SAINT-HILAIRE J.-P.
« 1789 : un nouveau droit pénal est né », in *Etudes offertes à Pierre Jaubert*, Presses universitaires de Bordeaux, 1992, p. 161-177.
« Contrôle par le juge répressif de la nécessité de l'ingérence du législateur : problème de légalité pénale », *RSC* 2002, p. 592.

DETRAZ S.
« Interdictions professionnelles », *J.-Cl. Pénal*, fasc. 30, oct. 2008.
« La théorie des infractions d'intérêt général : moribonde ou assainie ? », *Procédures*, décembre 2009, étude 10.
« Inconstitutionnalité des incriminations doublons faisant l'objet d'une répression disparate », *Gaz. Pal.* 2013, n° 248, p. 12.

DEZEUZE E.
« La refonte de la répression des abus de marché », *JCP G* 2016, 846.

DINTILHAC J.-P.
« L'avenir du Parquet », *Commentaire*, 1/2001, n° 93, p. 75-80.

DRAGO G.
« Exception d'inconstitutionnalité. – Prolégomènes d'une pratique contentieuse », *JCP* 2008. I. p. 217.

DUFAU C.
« Les enjeux de la création d'un nouvel office centrale au sein de la direction centrale de la police judiciaire », *AJ pénal*, 2013, p. 641.
« Pour une modélisation de l'enquête judiciaire en matière de corruption », *AJ pénal*, 2013, p. 74.

FAURE B.
« Le problème du pouvoir réglementaire des autorités administratives secondaires », *C.C.C.*, n° 19, janv. 2006.

FORTIS E.
« La nécessité des peines », *RSC* 2012, p. 135.

FOURNIER G.
« Le droit pénal et le risque de l'instrumentalisation dans la vie des affaires », in *Aspects organisationnels du Droit des affaires – Mélanges en l'honneur de Jean PAILLUSSEAU*, Dalloz, 2003, p. 273 et s.

FOURNIER S.
« Pratiques commerciales trompeuses », *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, fasc. 20, juill. 2016.

FUCINI S.
« Projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique », *D. act*. 5 avril 2016.
« Non-justification de ressources : précisions sur les éléments constitutifs », *D. act*. 7 déc. 2016.

GANZIN M.
« La déclaration des droits de l'homme et du citoyen : droit naturel et droit positif », in *Les principes de 1789*, PUAM, 1989, p. 81-112.

GINESTET C.
« La dépénalisation du droit des sociétés ? », *Rev. Lamy dr. aff.*, févr. 2010, n° 46, p. 52 et s.

GIUDICELLI A.
« Poursuite, instruction et jugement des infractions en matière économique et financière », *RSC* 2002, p. 623 et s.
« Le principe de légalité en droit pénal français », *RSC* 2007. 509.

GOESEL-LE BIHAN V.
« Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel : défense et illustration d'une théorie générale », *RFDC* 2001/1, p. 67-83.

GOETZ D.
« Jugement Cahuzac : sanction hors-norme pour une affaire hors-norme ou révolution du droit pénal des affaires ? », *D. act.* 14 déc. 2016.

GUIBAL M.
« De la proportionnalité », *AJDA*, 1978, p. 486.

GUINCHARD S.
« Grandeur et décadence de la notion d'intérêt général : la nouvelle recevabilité des actions civiles en cas d'infraction à la législation économique » in *Mélanges dédiés à Jean VINCENT*, Dalloz, 1981, p. 137 et s.

GUTMANN D.
« Le contrôle du Conseil constitutionnel sur les sanctions fiscales », *Droit fiscal*, 2015, n° 13, comm. 233.

GUYON Y.
« De l'inefficacité du droit pénal des affaires », *Pouvoirs*, 1990, vol. 55, p. 41 et s.

HEBBERECHT P.
« Les processus de criminalisation primaire », *Déviance et Société*, 1985, Vol. 9, n° 1, p. 59-77.

HENRION H.
« L'article préliminaire du Code de procédure pénale : vers une « théorie législative » du procès pénal ? », *Archives de politique criminelle*, 2001/1, n° 23, p. 13-52.

HOULETTE E.
« Le parquet national financier », *Dr. fiscal*, n° 38, 2016, p. 494.

HOVASSE H.
Dr. sociétés 1992, comm. n° 189.

IMBERT J.
« L'origine idéologique des « principes de 1789 » », in *Les principes de 1789*, PUAM, 1989, p. 11-34.

JACOPIN S.
« Le recul de la sanction pénale ou la dépénalisation du droit moderne des affaires », in Actes du colloque le renouveau de la sanction pénale : évolution ou révolution ?, dir. S. JACOPIN, Bruylant, 2010, p. 53 et s.

P. JANUEL
« Verrou de Bercy : la parole est à la justice », *D. act.* 19 janv. 2018.

JEAN J.-P.
« La mythique réforme de la carte judiciaire, entre justice de proximité et spécialisation des contentieux », in *Réformes de la justice, réforme de l'Etat*, PUF, collection « Droit et Justice », 2003, p. 257.

JEANDIDIER W.
« Présentation critique des sanctions de quelques infractions d'affaires », in *Mélanges Jean STOUFFLET*, Presses universitaires de la Faculté de droit de Clermont, 2001, p. 136 et s.

KLING D.
« La transparence et les marchés financiers – Tendances actuelles », *RJSP* n° 9, p. 120 et s.

KOERING-JOULIN R. et SEUVIC J.-F.
« Droits fondamentaux et droit criminel », *AJDA*, Juill.-Août 1998, n° spécial, p. 1.

LASSERRE CAPDEVILLE J.
« Présentation succincte de la réforme du droit pénal financier », *AJ pénal*, 2016, p. 424.

LASSERRE CAPDEVILLE J., MASCALA C. et NEUVILLE S.
« Propositions doctrinales pour lutter contre l'atteinte au principe non bis in idem en matière financière », *D.*, 2012, p. 693.

LAZERGES C.
« De l'écriture à l'usage de l'article préliminaire du Code de procédure pénale », in *Le champ pénal, Mélanges en l'honneur du professeur Reynald OTTENHOF*, Dalloz, 2006, p. 71-87.
« Le rôle du Conseil constitutionnel en matière de politique criminelle », *C.C.C.*, 2009, n° 26.

LE CANNU P.
« Les sanctions applicables aux personnes morales en raison de leur responsabilité pénale », *LPA* 1993, n° 120, p. 16.

LE CORRE C.
« Les droits de la défense mis à l'épreuve par l'évolution des pouvoirs d'enquête de l'AMF », *RLDA* 2014/93, p. 95 et s.

LECUYER G.
« La clandestinité de l'infraction comme justification du retard de la prescription de l'action publique » ; *Dr. pén.*, novembre 2005, étude 14.

LEROY J.
« La qualification du fait et l'interprétation de la loi », in *Histoire et méthodes d'interprétation en droit criminel*, dir. F. STASIAK, Dalloz, 2015, p. 43 et s.

LEVASSEUR G.
« Le problème de la dépénalisation », *Archives de politique criminelle*, 1983, n° 6, p. 53-69.

LEVEL P.
« De quelques atteintes au principe de personnalité des peines », *JCP G* 1960, I, 1583.

MALABAT V.
« Les infractions inutiles, plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale Opinio doctorum*, dir. V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI, Dalloz, 2009, p. 71 et s.
« Responsabilité et irresponsabilité pénale », *C.C.C.*, n° 26, août 2009.

MALAURIE-VIGNAL M.
« Que reste-t-il de la dépénalisation voulue par les rédacteurs de l'ordonnance du 1er décembre 1986 ? », *C.C.C.*, n° 12, 1986, p. 24.

MANACORDA S.
« Cesare Beccaria et la peine de la réclusion à perpétuité », *RSC* 2015, p. 313.
« Retour aux sources ? La place du droit pénal économique dans l'action de l'Union européenne », *RSC* 2015, p. 187.

MAROU G.
« L'ordre public économique aujourd'hui. Un essai de redéfinition », in *Annales de la régulation*, dir. T. REVET et L. VIDAL, IRJS éditions, 2009. p. 79.

MATSOPOULOU H.
« La confiscation spéciale dans le nouveau code pénal », *RSC* 1995, p. 301.
« Un premier regard sur la « dépénalisation de la vie des affaires » », *D*. 2008, p. 824.
« Le nouveau régime des incapacités commerciales », *Dr. pén.*, nov. 2008, étude n° 24, p. 6 à 9.

MAYAUD Y.
« *Ratio legis* et incrimination », *RSC* 1983, p. 598-621.
« Le législateur contre l'interprétation judiciaire », in *Histoire et méthodes d'interprétation en droit criminel*, dir. F. STASIAK, Dalloz, 2015.

MAYER D.
« Vers un contrôle du législateur par le juge pénal ? », *D.* 2001, p. 1643.

MIANSONI C.
« La révélation aux juridictions pénales des infractions économiques et financières par les juridictions financières », *AJ pénal*, 2013, p. 644.

MOLFESSIS N.
« La dimension constitutionnelle des libertés et droits fondamentaux », in *Libertés et droits fondamentaux,* dir. R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et T. REVET, Dalloz, 12e édition, 2006, p. 77 et s.

MULLER Y.
« La dépénalisation de la vie des affaires ou … de la métamorphose du droit pénal », *AJ pénal*, 2008, p. 63.

NZOUANKEU J.-M.
« Article 5 », in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, dir. G. CONAC, M. DEBENE et G. TEBOUL, Economica, 1993, p. 115 et s.

OTTENHOF R.
« Introduction générale », in *L'individualisation de la peine*, dir. de R. OTTENHOF, ERES, collection Criminologie et sciences de l'homme, 2001, p. 7.

PARIZOT R.
« L'incrimination de participation à une bande ayant des visées violentes, un nouvel exemple de mépris(e) à l'égard des principes du droit pénal », *D.* 2009, p. 2701.
« Pour un véritable principe de nécessité des incriminations », *in Mélanges en l'honneur de Christine LAZERGES*, Dalloz, 2014, p. 245 et s.

PERILLO E.
« Le droit pénal substantiel et l'espace de liberté, de sécurité et de justice, deux ans après Lisbonne : une analyse de jure condito et quelques perspectives de jure condendo », *Revue des affaires européennes*, n° 4, 2012, p. 781-812.

PEZ T.
« L'ordre public économique », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2015/4, n° 49, p. 43-57.
« Les attributions des autorités de régulation économique », *RFDA* 2017, p. 42.

PHILIPP L.
« La constitutionnalisation du droit pénal », *RSC* 1985, p. 711.

PIN X.
« La nécessité en droit pénal », in *La nécessité en droit international*, Actes du colloque de Grenoble, Pedone, 2007, p. 81-93.
« Exclusion des marchés publics », *J.-Cl. Pénal*, fasc 20, avril 2008.
« Fermeture d'établissement », *J.-Cl. Pénal*, fasc. 20, juill. 2008.
« Préface », in *Le principe de nécessité en droit pénal*, Actes de la journée d'études radicales du 12 mars 2012, dir. O. CAHN et K. PARROT, LEJEP, 2014, p. 7.

PRADEL J.
« La criminalité financière : notions et principales manifestations », in « Annales internationales de criminologie », Société internationale de criminologie, Vol. 39, 2001, p. 47 et s.
« Vers un "aggiornamento" des réponses de la procédure pénale à la criminalité. Apports de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 dite Perben II. Première partie », *JCP G*, 5 mai 2004, n° 19, doctr. 132.
« Vers un "aggiornamento" des réponses de la procédure pénale à la criminalité. Apports de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 dite Perben II. Seconde partie », *JCP G*, 12 mai 2004, n° 20, doctr. 134.

PUIG P.
« Hiérarchie des normes : du système au principe », *RTD civ*. 2001, p. 749.

PUTFIN G.
« La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Recensement et variantes des textes (août 1789 – septembre 1791), *Annales historiques de la Révolution française*, n° 232, 1978, p. 180-200.

QUEMENER M.
« Vers une refonte globale de la justice économique et financière », *AJ pénal*, 2013, p. 244.
« Le procureur financier, architecte de la lutte contre la corruption et la délinquance économique et financière », *Revue internationale d'intelligence économique*, 2014, p. 27 et s.

QUELOZ N.
« Criminalité économique et criminalité organisée », *L'Économie politique*, 2002/3, n° 15, p. 58-67.

REBUT D. (entretien avec)
« Pourquoi le procureur financier n'a aucun pouvoir », Figarovox, http://www.lefigaro.fr/vox/societe/2014/03/12/31003-20140312ARTFIG00077-decryptage-pourquoi-le-procureur-financier-n-a-aucun-pouvoir.php.

RENUCCI J.-F.
« Infractions d'affaires et prescription de l'action publique », D. 1997, p. 23 et s.

ROBERT J.-H.
« La dépénalisation », in *Archives de philosophie du droit*, Dalloz-Sirey, t. 41, le privé et le public, 1997, p. 191 et s.
« Dépénalisation saupoudrée », *Dr. pén*., oct. 2003, comm. 14, p. 17.
« Tableau récapitulatif des dépénalisations opérées depuis 2003 dans le droit des sociétés par actions », *Dr. pén.*, févr. 2005, p. 6.
« La punition selon le Conseil constitutionnel », *C.C.C.*, n°26, août 2009.

ROBERT P.
« La justice française et les affaires de corruption », *Déviance et société*, 1996, Vol. 20, n° 3, p. 239 et s.

ROBLOT-TROIZIER A.
« La question prioritaire de constitutionnalité devant les juridictions ordinaires : entre méfiance et prudence », *AJDA* 2010, p. 80.
« Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *Pouvoirs* 2012/4 (n° 143), p. 89-103.

RONTCHEVSKY N.
« Vers une pénalisation impérative de abus de marché intentionnels dans l'Union européenne », *RTD Com*. 2012, p. 150.

ROUSSEAU F.
« Le principe de nécessité. Aux frontières du droit de punir », *RSC* 2015, p. 25 et s.

ROUX A.
« Le nouveau conseil constitutionnel. Vers la fin de l'exception française ? », *JCP* 2008. I. p. 175.

ROYER G.
« Les préliminaires en droit criminel », *Archives de politique criminelle*, 2005/I (n° 27), p. 59-78.

ROYER G. et STASIAK F.
« Pour une efficacité optimale de l'amende pénale, in « La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale », *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale Opinio Doctorum*, dir. V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI, Dalloz, 2009, p. 289 et s.

RUBI-CAVAGNA E.
« Réflexions sur l'harmonisation des incriminations et des sanctions pénales prévues par le traité de Lisbonne », *RSC* 2009, p. 501.

SEGONDS M.
« Commentaire de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière », *Droit pénal* n°2, février 2014, ét. 3.
« Les métamorphoses de l'infraction de blanchiment … ou les enjeux probatoires de la lutte contre le blanchiment », *AJ pénal*, 2016, p. 168.
« Les apports de la loi du 9 décembre 2016 à l'anticorruption », *Dr. pén.*, févr. 2017, ét. 4.

SEUVIC J-F.
« Transparence et régularité des marchés publics (délits de favoritisme par atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats : art. 432-14, c. pén.), *RSC* 1997, p. 865.
« Force ou faiblesse de la constitutionnalisation du droit pénal », colloque organisé le 16 mars 2006 par la Cour de cassation (cycle Procédure pénale 2006 – 3ème conférence).

SIMART O. et DE VAUPLANE H.
« Délits boursiers, proposition de réforme », *RDBB* 1997, p. 87.

SIZAIRE V.
« Mort et résurrection du principe de nécessité pénale : A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 10 février 2017 », *La Revue des droits de l'homme*, mars 2017.

SPECTOR D.
« Droit des affaires : les mérites de la pénalisation », *La Tribune*, 2007.

STASIAK F.
« Autorités administratives indépendantes (AAI) » ; Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, février 2004, §2.
« La réception et la cohérence des considérations économiques relatives à l'abus de biens sociaux », in *Analyse économique du droit : quelques points d'accroche*, *LPA*, 19 mai 2005, p. 36 et s.
« Imputation à la personne morale des infractions commises par ses préposés », *RSC* 2009, p. 120.
« Le rapport Coulon sur la dépénalisation de la vie des affaire », *RSC* 2009, p. 113.
« Le procureur de la République financier : véritable innovation ou simple substitut ? », *Rev. Lamy dr. aff.*, févr. 2014, n° 90, p. 22 et s.
« La bulle constitutionnelle est-elle en passe d'éclater ? », *Rev. Lamy dr. aff.*, 2015, p. 20.
« La répression des abus de marché en droit de l'Union européenne ou les dérives d'un continent », *in Mélanges en l'honneur de Geneviève GIUDICELLI-DELAGE*, Dalloz, 2016, p. 1005 et s.
« Groupe de sociétés et responsabilité pénale : de l'esquive à l'esquisse », *Rev. sociétés* 2017, p. 36 et s.
« L'éviction du juge pénal en matière économique et financière », *Archives de politique criminelle*, 2017/1, n° 39, p. 7 et s.

TABET X.
« Beccaria, la peine de mort et la Révolution française », Laboratoire italien. Politique et société, ENS éditions, 2010, pp.51-79.

TILLEMENT G.
« Le contrôle de la nécessité des incriminations par le juge pénal », *Dr. pén.*, n°12, 2003, chr. 34.

VAN DE KERCHOVE M.
« Eclatement et recomposition du droit pénal », in *La place du droit pénal dans la société contemporaine*, Dalloz, 2000, p. 5 et s.
« Les fonctions de la sanction pénale. Entre droit et philosophie », *Informations sociales, Sanctions*, n° 127, 2005, p. 22 et s.

VERGES E.
« L'effet normatif de l'article préliminaire du Code de procédure pénale », in *Mélanges offerts à Raymond GASSIN*, PUAM, 2007, p. 327.
« Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie : peines complémentaires et alternatives d'incapacité d'exercice d'une activité commerciale ou industrielle », *RSC* 2008. 954.
« Le procureur de la République financier : entre projet politique et recherche de l'efficacité », *RSC* 2014, p. 143 et s.

VOULAND P.
« L'exercice quotidien de la fonction de défense et la loyauté de la preuve », *AJ pénal* 2005, p. 275.

ZARKA J.-C.
« A propos de l'inflation législative », *D.* 2005, p. 660.

IV – NOTES, OBSERVATIONS, CONCLUSIONS ET RAPPORTS

AGRASC
Rapp. 2011.

AMF
L'application du principe ne bis in idem dans la répression des abus de marché. Proposition de réforme, 19 mai 2015, rapp.

ASCENSI L.
Observations sous Cass. crim. 28 janvier 2015, *AJ pénal* 2015, p. 326 et s.

BLANCHOT A.
Observations sous CA Toulouse, 15 novembre 2001, *Gaz. Pal*. 2002, II, somm. p. 1161.

BONFILS PH.
Note sous Cass. crim. 10 mars 2004, *LPA* 2004, n° 237, p. 6.

BONIS-GARCON E.
Commentaire sous Cons. const., 4 décembre 2013, n° 2013-679 DC, *Droit pénal*, février 2014, n° 2, p 50-51.

BONNEAU Th.
Note sous CE, 6 juin 2008, *Dr. sociétés* 2008, comm. 257.

BOULOC B.
Observations sous Cass. crim. 27 juin 1995, *Rev. sociétés*. 1995, p. 746
Observations sous Cass. crim. 6 février 1997, *Rev. sociétés* 1997, p. 146.
Observations sous Cass. crim. 15 mai 1997, *RSC* 1998, p. 97.
Observations sous Cass. crim. 31 janvier 2007, *Rev. sociétés* 2007, p. 379.
Observations sous Cass. crim. 24 septembre 2008, *RTD com*. 2009, p. 471.

CARRIVE J.-F.
Observations sous Cass. crim. 4 janvier 1935, *RSC* 1936, p. 86.

CHILSTEIN D.
Note sous Cass. crim. 9 novembre 2010, *Bull. Joly* 2011, n° 128, p. 327.

CONSEIL D'ETAT
Le droit souple, Rapport public, 2013, La Documentation française.

COMMARET D.
Conclusions sous Cass. crim., 19 juin 2001 ; *JCP* 2002.II.10064.

CUTAJAR C.
Note sous Cass. crim. 9 novembre 2010, *JCP* 2010, 1174.
Note sous Cass. crim., 23 mai 2013, *JCP* 2013, 804.
Note sous Cons. const., 30 septembre 2016, *Rev. sociétés*, 2017, p. 99.

DEKEUWER A.
Note sous Cass. crim. 16 février 1987, *D*. 1988, p. 39.

DREYER E.
Observations sous Cons. const., 3 décembre 2010, *JCP* 2011, 82, n°4.

DUCOULOUX-FAVARD C.
Note sous Cass. crim. 11 décembre 2002, *Gaz Pal*. 2003, 1, p.496.

DURRY G.
Note sous Cass. crim. 19 novembre 1959, *D*. 1960, p. 463.

FONTEIX C.
Observations sous Cass. crim., 1er février 2017, n° 15-83.984, *D. act*. 16 févr. 2017.

GUYON Y.
Note sous Cass. crim. 12 janvier 1981, *JCP G*, II, 19 960.

JEANDIDIER W.
Note sous Cass. crim., 4 février 1985, *JCP* 1985, II, 14613.

JOSSERAND L.
Note sous Amiens, 22 avril 1898, *DP* 1899. 2. 239.

KOERING-JOULIN R.
Observations sous CEDH, 9 février 1995, *Welch contre Royaume-Uni*, §28, *RSC* 1996, p. 470.

LARGUIER J.
Note sous CA Bordeaux, 9 octobre 1962, *JCP G* 1963, II, 13128.

LASSERRE-CAPDEVILLE J.
Observations sous Cass. crim., 4 septembre 2012, *AJ pénal* 2013, p. 56 et s.
Observations sous Cass. crim. 8 octobre 2014, *AJ pénal* 2015, p. 212 et s.

LAVRIC S.
Observations sous Cass. crim. 9 novembre 2010, *D*. 2010, p. 2707 et s.

LEPAGE A.
Note sous Cass. crim., 19 juin 2001, *JCP* 2002, II, 10064.

LEROY M.
Note sous Ch. réunies, 1er août 1949, *JCP* 1949, II, 5033.

LIENHARD A.
Observations sous Douai, 3 décembre 2004, *D*. 2005. p. 359.
Observations sous Cass. crim., 8 novembre 2006, *D*. 2007, p. 10.

MASCALA C.
Observations sous Douai, 3 décembre 2004, *Bull. Joly* 2005, p. 481.

Observations sous Cons. const., 3 décembre 2010, *D.* 2011. Pan. 1859.

MATSOPOULOU H.
Note sous Cass. crim., 6 février 1997, *D. affaires* 1997, p. 780 et s.
Note sous Cass. crim., 24 septembre 2008, *Rev. sociétés* 2009, p. 174 et s.
Note sous Cons. const., 18 mars 2015, *Rev. sociétés* 2015, p. 380.

MORTIER R.
Observations sous Cass. com., 8 juillet 2010, *Dr. sociétés* 2010, comm. 232.

NADAL J.-L.
Renouer la confiance publique, rapp., La Documentation française, 2015.

PELLETIER M.
Observations sous Cons. const., 24 juin 2016, *Rev. D. fiscal*, n°30-35, 28 juillet 2016, act. 466.

PERRIER J.-B.
Observations sous Cons. const., 26 novembre 2010, *AJ pénal* 2011, p. 31.
Observations sous Cons. const., 3 décembre 2010, *AJ pénal* 2011, p. 30.
Note sous Cons. const., 9 octobre 2014, *AJ pénal* 2014, p. 574.

PLANQUE J.-C.
Note sous Cass. crim., 5 février 2003, *D.* 2003, p. 2855.

PRADEL J.
Observations sous Cass. crim. 6 juin 2001, *D.* 2002, p. 1457 et s.

R. J.-M.
Note sous Cass. crim. 7 décembre 1967, *D.* 1968, p. 618.

REBUT D.
Note sous Cass. crim. 31 janvier 2007, *RSC* 2007, p. 310.

RENUCCI J-F.
Note sous Cass. crim. 6 février 1997, *D.* 1997, p. 334.

ROBERT J.-H.
Observations sous Cass. crim., 7 avril 1999, *Dr. pén.*, 1999, comm. 103.
Note sous Cons. const., 15 mars 1999, *Dr. pén.* 1999, comm. 68.
Note sous Cass. crim. 16 janvier 2001, *Dr. pén.* 2001, comm. 91.
Observations sous Cass. crim. 30 janvier 2002, *Dr. pén.* 2002, comm. 73.
Observations sous Cass. crim. 11 décembre 2002, *Dr. pén.* 2003, comm. 35.
Observations sous Cass. crim. 9 mars 2005, *Dr. pén.* 2005, comm. 97
Observations sous Cass. crim. 24 septembre 2008 *Dr. pén.* 2009, comm. 10.

ROËTS D.
Note sous Cass. crim. 9 novembre 2010, *Gaz. Pal*. 22-23 décembre 2010.

RONTCHEVSKY N.
Note sous Cass. crim. 11 décembre 2002, *RTD com*. 2003, p.336.

ROUX A.
Note sous Amiens, 22 avr. 1898, *S*. 1899. 2. 1.

ROYER G.
Observations sous Cass. crim. 24 septembre 2008, *AJ pénal* 2008, p. 506.

SALOMON R.
Observations sous Cass. crim. 31 janvier 2007, *Dr. sociétés* 2007, comm. 83.
Observations sous Cass. crim 24 septembre 2008, *Dr. sociétés* 2008, comm. 234.
Observations sous Cass. crim., 28 janvier, 2009, *Dr. sociétés* 2009, comm. 83.
Observations sous Cass. crim., 22 novembre 2017, *Dr. sociétés* 2018, comm.16.

SALVAT X.
Observations sous Cass. crim. 9 novembre 2010, *RSC* 2011, p. 858.

SEGONDS M.
Observations sous Cass. crim. 14 mai 1998, *D*. 1999, somm. 159.
Observations sous Cass. crim. 19 mars 2008, *Rev. pénit. dr. pén*. 2009, p.176.

STASIAK F.
Note sous CEDH, 2e sect., 4 mars 2014, *Grande Stevens et autres c./ Italie, RSC* 2014, p. 110.

STIRN B.
Conclusions sur CE, ass., 21 décembre 1990, *RFDA* 1990, p. 1065.

VERON M.
Observations sous Cass. crim. 27 octobre 1999, *Dr. pén*. 2000, comm. 27.
Observations sous Cass. crim. 7 mai 2002, *Dr. pén*. 2002, comm. 108.
Note sous Cass. crim. 5 février 2003, *Dr. pén.* 2001, comm. 43.
Observations sous Cass. crim. 27 novembre 2007, *Dr. pén*. 2008, comm. 36.
Observations sous Cass. crim. 19 mars 2008, *Dr. pén*. 2008, comm. 102.

INDEX ALPHABETIQUE

(Les numéros renvoient aux numéros de paragraphe)

A

Abus de biens sociaux :
- Action civile : 261
- Circonstance aggravante : 220
- Elément intentionnel : 278
- Groupe de sociétés : 187
- Infraction clandestine : 248
- Interdiction professionnelle : 194
- Mesures d'enquête dérogatoires : 274
- Valeur sociale : 45

Abus de confiance :
- Elément intentionnel : 278
- Exclusion des marchés publics : 199
- Infraction clandestine : 248 et s.
- Interdiction professionnelle : 193, 195
- Peine d'affichage : 203
- Peine d'amende : 211
- Peine de dissolution : 188

Action civile : *v. Partie civile*

Action publique :
- Exercice : 253 et s.
- En matière boursière : 66
- Prescription : 243 et s.

Amende : 206 et s.
- Quantum fixe : 207 et s.
- Quantum variable : 213 et s.

Autorités administratives indépendantes : *v. Autorités de régulation*

Autorités de régulations :
- Cumul de sanctions : 117 et s.
- Nécessité des mesures procédurales : 155 et s.
- Obligation de dénonciation : 265
- Pouvoir réglementaire : 29
- Pouvoirs d'enquête : 139, 301
- Proportionnalité des sanctions : 115, 116

Autorité des marchés financiers :
- Cumul de poursuites : 62, 66
- Cumul de sanctions : 117 et s.
- Nécessité de la procédure : 147, 148
- Obligation de dénonciation : 265
- Pouvoir réglementaire : 29
- Pouvoirs d'enquête : 301
- Prescription : 244
- Proportionnalité des sanctions : 116

Autorité de la concurrence :
- Création : 59
- Cumul de sanctions : 61
- Obligation de dénonciation : 265
- Peine d'amende : 217
- Pouvoirs d'enquête : 139, 301
- Prescription : 244
- Proportionnalité de la procédure : 151
- Proportionnalité des sanctions : 116

B

Banqueroute :
- Cumul de sanctions : 121
- Dépénalisation : 51
- Peines : 194, 199, 203

Bien juridique : *v. Valeur sociale*

Blanchiment :
- Confiscation : 234, 235
- Peine d'amende : 209, 214, 215
- Peine privative de liberté : 176, 178
- Preuve : 281
- Procédure dérogatoire : 273, 274

C

Constitutionnalité (contrôle de -) :
- De la nécessité des incriminations : 69 et s.
- De la nécessité des mesures procédurales : 141 et s.
- De la nécessité des sanctions : 106 et s.

Conventionalité (contrôle de -) : 93 et s.

Corruption :
- Action civile : 258, 259
- Peine d'amende : 212

Confiscation : 222, 230 et s.

Compétences des juridictions spécialisées : *v. Juridictions spécialisées*

D

Délits boursiers :
- Action civile : 257
- Compétence exclusive du procureur national financier : 311
- Cumul de sanctions : 62, 119
- Peine d'amende : 131, 212, 216
- Peine privative de liberté : 181 et s.
- Valeur sociale : 38, 39, 43

Dénonciation : 262 et s.

Dépénalisation : 47 et s.

Dissuasion (fonction de -) : *v. Peines*

Dissolution de la personne morale : 188 et s.

Droit pénal des affaires :
- Définition : 12 et s.

E

Elément moral :
- Elément constitutif du principe de nécessité : 46
- Facilités probatoires : 278 et s.

Emprisonnement : *v. Peine privative de liberté*

Enquête :
- Autorité spécialisées : 301 et s.
- Dérogatoire : 272 et s.
- Nécessité : 139 et s.
- Par les autorités de régulation : 139, 301

F

Favoritisme :
- Elément moral : 279
- Nécessité du délit : 34
- Valeur sociale : 44
- Peine d'amende : 216
- Infraction clandestine : 248

Fermeture d'établissement : 200

Fraude fiscale :
- Action publique : 253
- Cumul de poursuites : 67
- Cumul de sanctions : 120
- Garde à vue : 144
- Interdiction professionnelle : 194
- Juridictions spécialisées : 298 et s.
- Peine d'amende : 212, 220, 221
- Prescription : 246
- Procédure dérogatoire : 274

G

Garde à vue :
- Prolongée : 144 et s.
- Soumission au principe de nécessité : 139

I

Incrimination :
- Contrôle de nécessité : 69 et s.
- Dépénalisation : 49 et s.
- Nécessité : 7, 23 et s.

Inéligibilité :
- Motivation : 127
- Peine complémentaire obligatoire : 130, 137

Infraction :
- Dissimulée, occulte : v. *Prescription*

Interdiction d'émettre des chèques : 201

Interdiction d'utiliser une carte de paiement : 201

Interdiction professionnelle : 191 et s.
- Caractère automatique : 195 et s.
- Cumul en matière de banqueroute : 121

Intérêt social :
- Action civile des associés : 261
- Valeur sociale : 45

J

Juridictions spécialisées : 284 et s.
- Autorités d'enquête : 301 et s.
- Compétences : 294 et s.
- Organisation actuelle : 292 et s.
- Parquet national financier : 304 et s.

Justification mensongère : 283

L

Lanceur d'alerte : 267, 268

Légalité (contrôle de -) : 85 et s.

Légalité (principe de -) :
- Liens avec le principe de nécessité : 27
- Contrôle par le Conseil constitutionnel : 80

M

Mesures n'étant pas des sanctions : 138 et s.
- Contrôle du juge : 153 et s.
- Nécessité *in abstracto* : 141 et s.
- Nécessité *in concreto* : 146 et s.
- Proportionnalité : 151 et s.

Ministère public :
- Action publique : 253
- Dénonciation : 262 et s.
- Monopole d'action : 258
- Spécialisation : 301 et s.

N

Neutralisation (fonction de -) : *v. Peines*

***Non bis in idem* :** 64 et s.
- En matière boursière : 66

P

Partie civile : 255 et s.
- Abus de biens sociaux : 261
- Associations : 259
- Corruption internationale : 258
- Juridictions spécialisées : 260

Parquet national financier :
- Compétences 310 et s.
- Création : 304 et s.
- En matière boursière : 257

Peine :
- Amende : 206 et s.
- Automatique : 125, 195, 196
- Complémentaire obligatoire : 130, 197
- Fonction de dissuasion : 204 et s.
- Fonction de neutralisation : 171 et s.
- Principe de personnalisation des (-) : 123 et s.
- Privative de liberté : 174 et s.

Personne morale : 183 et s.
- Dissolution : 188 et s.
- Exclusion des marchés publics : 199
- Fermeture d'établissement : 200
- Peine d'amende : 209 et s.
- Responsabilité : 184 et s.

Prescription : 243 et s.
- Autorités de régulation : 244
- Allongement du délai : 245 et s.
- Recul du point de départ : 247 et s.

Preuve : 270 et s.
- Elément matériel de l'infraction : 281 et s.
- Elément moral de l'infraction : 278 et s.
- Facilités probatoires : 277 et s.
- Loyauté : 271
- Procédure dérogatoire : 272 et s.

Probité :
- Valeur sociale : 44

Publicité :
- Des comptes annuels : 55
- Peine d'affichage : 203

Profit :
- Elément de définition du droit pénal des affaires : 15
- Privation du (-) : 204 et s.

Proportionnalité :
- Des mesures de contrainte : 180 et s.
- Des sanctions : 138 et s.

Procureur national financier : *v. Parquet national financier*

R

***Ratio legis* :** 33

Recel :
- Garde à vue prolongée : 144
- Peine d'amende : 214, 215
- Peine de dissolution : 188

Rétribution (fonction de -) : *v. Peines*

Rétroactivité *in mitius* : 132 et s.

S

Saisies : 223 et s.
- Du patrimoine : 225
- Immobilières : 226

Sanction : 100 et s.
- Cumul de (-) : 117 et s.
- Nécessité : 100 et s.
- Principe de personnalisation : 123 et s.
- Principe de rétroactivité *in mitius* : 132 et s.
- Prononcées par les autorités de régulation : 115 et s.
- Proportionnalité : 110 et s.

Société-écran : 184, 189, 270

Spécialisation de la justice pénale : *v. Juridictions spécialisées*

T

Trafic d'influence :
- Garde à vue prolongée : 144
- Interdiction professionnelle : 197

Transparence :
- Des marchés financiers : 43
- Des marchés publics : 44

U

***Ultima ratio* :** 33, 48, 169

V

Valeur sociale : 35 et s.
- Biens participant au marché : 43 et s.
- Economie : 36 et s.
- Propriété : 41 et s.

Victime : *v. Partie civile*

Vol :
- Garde à vue prolongée : 144
- Peine d'amende : 208
- Procédure dérogatoire : 157, 273

TABLE DES MATIERES

(Les chiffres renvoient aux numéros de pages)

PRINCIPALES ABREVIATIONS 7

SOMMAIRE 15

INTRODUCTION 17

PREMIERE PARTIE
LE PRINCIPE DE NECESSITE, FREIN A L'INTERVENTION DU DROIT PENAL DANS LA VIE ECONOMIQUE 41

TITRE 1
LE PRINCIPE DE NECESSITE DES INCRIMINATIONS EN DROIT PENAL DES AFFAIRES 45

CHAPITRE 1
LE PRINCIPE DE NECESSITE ET L'EXISTENCE DE L'INCRIMINATION ... 49

SECTION 1
LE PRINCIPE DE NECESSITE ET LA CREATION DE L'INCRIMINATION 51

§1 - LES MUTATIONS DU PRINCIPE DE NECESSITE DES INCRIMINATIONS EN DROIT PENAL DES AFFAIRES 52

A – Une dispersion des destinataires du principe de nécessité en matière économique 52
B - Un principe aujourd'hui fortement galvaudé 56

§2 - LA LIMITE A LA CREATION DE L'INCRIMINATION : LES ACTIONS NUISIBLES A LA SOCIETE 61

A – L'économie comme valeur sociale pénalement protégée 61

B – La protection de biens et valeurs contribuant à l'économie 66
1) La propriété, valeur sociale à protéger pénalement 66
2) Des valeurs participant au bon fonctionnement du marché..... 68

SECTION 2
LE PRINCIPE DE NECESSITE ET LA DISPARITION DE L'INCRIMINATION... 73

§1 - LA DEPENALISATION ET LA DISPARITION DE L'INFRACTION 74
A – La dépénalisation par acceptation du comportement prohibé 75
1) La dépénalisation par le législateur 75
2) La dépénalisation par l'autorité judiciaire 78
B - La dépénalisation par substitution 80

§2 – LA DEPENALISATION PAR CONCURRENCE D'AUTRES BRANCHES DU DROIT EN MATIERE ECONOMIQUE 84

A - L'intervention d'autres branches du droit en surplus de l'incrimination pénale..... 85
B – La conséquence d'une telle concurrence : le risque de cumul de poursuites en matière économique 87

CHAPITRE 2
LE CONTROLE DU RESPECT DU PRINCIPE DE NECESSITE DE L'INCRIMINATION 93

SECTION 1
LA TRADITIONNELLE FAIBLESSE DU CONTROLE EMANANT DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL 95

§1 - L'IMPORTANTE LIBERTE LEGISLATIVE DANS LE CHOIX DE L'INCRIMINATION EN MATIERE ECONOMIQUE 96

A - Le refus du Conseil constitutionnel de contrôler le choix du législateur 96
B - Les rares recours du Conseil constitutionnel à la nécessité des incriminations 99

§2 - LE CONTROLE DEGUISE EXERCE PAR LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL 101

A - L'existence d'une double incrimination 101

B - Les techniques de contrôle détournées par le Conseil constitutionnel 103

SECTION 2
L'AUDACE DU JUGE ORDINAIRE DANS LE CONTROLE DE LA NECESSITE DES INCRIMINATIONS 107

§1 - LE CONTROLE DU REGLEMENT PAR LE JUGE PENAL 108

A - Le pouvoir de contrôler la légalité des actes réglementaires lors du procès pénal 108
B - L'interdiction de dévier vers un contrôle d'opportunité 110

§2 - LE CONTROLE DE LA LOI PAR LE JUGE ORDINAIRE 111

A - L'interdiction formelle de principe de contrôler la loi par le juge ordinaire 112
B - L'exception réservée par le contrôle de conventionalité 114

CONCLUSION TITRE 1 119

TITRE 2
LE PRINCIPE DE NECESSITE DE LA REPRESSION EN DROIT PENAL DES AFFAIRES 121

CHAPITRE 1
LE PRINCIPE DE NECESSITE DE LA SANCTION 123

SECTION 1
LE PRINCIPE DE NECESSITE ET LA SANCTION ENCOURUE 125

§1 - LA NECESSITE DE L'EXISTENCE DE LA SANCTION ELLE-MEME 126

A - Le choix de la sanction nécessaire 126
B - L'intensité du contrôle de la nécessité des sanctions 129

§2 - LA PROPORTIONNALITE DE LA SANCTION 134

A - Le contenu du principe de proportionnalité de la sanction 134
1) L'acception traditionnelle du principe de proportionnalité 134

2) Le respect de la proportionnalité par les autorités de régulation 137
B - Le cumul de sanctions en droit pénal des affaires 140

SECTION 2
LE PRINCIPE DE NECESSITE ET LA SANCTION PRONONCEE 145

§1 - LE PRINCIPE DE PERSONNALISATION DE LA SANCTION 146

A – La contribution du principe de personnalisation à la nécessité de la sanction 146
B – Les restrictions au principe de personnalisation 150

§2 - LE PRINCIPE DE RETROACTIVITE *IN MITIUS* : LA NECESSITE DANS LE TEMPS 154

A – Un principe corollaire au principe de nécessité 155
B – Les atténuations au principe de rétroactivité *in mitius* en matière économique ... 157

CHAPITRE 2
LE PRINCIPE DE NECESSITE DES MESURES N'ETANT PAS DES SANCTIONS AYANT LE CARACTERE D'UNE PUNITION 161

SECTION 1
LA DUALITE DU PRINCIPE DE NECESSITE EN MATIERE PROCEDURALE 165

§1 – L'APPRECIATION *IN ABSTRACTO* DU PRINCIPE DE NECESSITE 166

A – Le contrôle traditionnellement restreint sur l'action législative 166
B - Le rejet récurent de la garde à vue prolongée en matière économique 168

§2 – L'APPRECIATION *IN CONCRETO* DU PRINCIPE DE NECESSITE 170

A – La nécessité concrète de la mesure de contrainte 171
B – La proportionnalité de la mesure de contrainte 176

SECTION 2
LE JUGE, ULTIME GARANT DU PRINCIPE DE NECESSITE PROCEDURAL . 179

§1 - LE RESPECT DU PRINCIPE DE NECESSITE PAR L'EXISTENCE D'UN CONTROLE JURIDICTIONNEL 180

A - Un raisonnement partiellement justifié lors de l'appréciation *in concreto* de la mesure 180
B - Le raisonnement peu convaincant du Conseil constitutionnel 181

§2 – VERS UN CONTROLE *IN ABSTRACTO* DE LA LOI DE PROCEDURE PAR LE JUGE JUDICIAIRE 184

A – La présence du principe de nécessité au sein du Code de procédure pénale 184
B – Une ouverture au contrôle de la loi pénale par le juge judiciaire..... 186

CONCLUSION TITRE 2..... 189

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE
LE PRINCIPE DE NECESSITE, FREIN A L'INTERVENTION DU DROIT PENAL DANS LA VIE ECONOMIQUE 191

SECONDE PARTIE
LE PRINCIPE DE NECESSITE, MOTEUR DE L'INTERVENTION DU DROIT PENAL DANS LA VIE ECONOMIQUE 193

TITRE 1
LE PRINCIPE DE NECESSITE, MOTEUR DE L'INTERVENTION SUBSTANTIELLE DU DROIT PENAL DANS LA VIE ECONOMIQUE 197

CHAPITRE 1
LA FONCTION DE NEUTRALISATION DE LA PEINE 201

SECTION 1
LA NECESSITE RELATIVE DE LA NEUTRALISATION SOCIALE 203

§1 - LA PLACE AMBIGUE DE LA PEINE PRIVATIVE DE LIBERTE EN DROIT PENAL DES AFFAIRES 204

A – Une peine discutée mais fortement utilisée en matière économique 204
1) Le recours systématique à l'emprisonnement par le législateur 205
2) L'application nuancée de la peine privative de libertés par le juge pénal 207
B – L'obligation de recourir à l'emprisonnement en matière financière 210

§2 - LA MISE A L' ECART SOCIALE DE LA PERSONNE MORALE 212
A – La nécessité absolue de la responsabilité pénale des personnes morales 212
B – La mise à l'écart totale de la personne morale : la peine de dissolution 216

SECTION 2
LA NECESSITE ABSOLUE D'ECARTER LE DELINQUANT DE LA SPHERE ECONOMIQUE 221

§1 – L'ELIMINATION TOTALE DU MONDE DES AFFAIRES 222

A – Le caractère indispensable de la peine complémentaire d'interdiction professionnelle 222
B - Principe de nécessité et caractère automatique de l'interdiction professionnelle 226

§2 – L'ELIMINATION PARTIELLE DES ACTIVITES ECONOMIQUES 230

A – L'exclusion par l'élimination de certaines activités économiques 231
B – L'exclusion indirecte par l'entrave à la réalisation d'opérations financières 234

CHAPITRE 2
LES FONCTIONS DE DISSUASION ET DE RETRIBUTION DE LA PEINE : LA PRIVATION DE TOUT PROFIT 239

SECTION 1
L'INSUFFISANTE DISSUASION DE LA PEINE D'AMENDE 243

§1 - LA NECESSITE RELATIVE DE LA PEINE D'AMENDE A MONTANT FIXE 244

A – Les limites du maximum légal fixe en matière économique 244
B – La volonté dissuasive de l'amende à montant fixe en matière financière 247

§2 - LA NECESSITE ABSOLUE DE LA PEINE D'AMENDE A MONTANT VARIABLE 250

A - La proportionnalité du quantum liée au produit tiré de l'infraction 250
B - La proportionnalité du quantum à la détection de l'infraction 255

SECTION 2
LA NECESSITE DE PRIVER LE DELINQUANT DE L'INTEGRALITE DU PROFIT 259

§1 – LA PRIVATION DE PROFIT *ANTE SENTENCIA* 260

A – Les saisies pénales : première étape dans la privation de profit 261
B - Le difficile équilibre entre effectivité répressive et respect des droits fondamentaux 265

§2 – LA PRIVATION DE PROFIT *POST SENTENCIA* 266

A – La nécessité évidente de la confiscation spéciale 267
B – La force dissuasive de la confiscation générale 269

CONCLUSION TITRE 1 273

TITRE 2
LE PRINCIPE DE NECESSITE, MOTEUR DE L'INTERVENTION FORMELLE DU DROIT PENAL DANS LA VIE ECONOMIQUE 275

CHAPITRE 1
L'ASPECT PROCEDURAL DU PRINCIPE DE NECESSITE EN MATIERE ECONOMIQUE 279

SECTION 1
LE RECOURS AU DROIT CRIMINEL ET LA DETECTION DES INFRACTIONS D'AFFAIRES 281

§1 - LA PRESCRIPTION EN DROIT PENAL DES AFFAIRES 282

A- L'intérêt limitée de l'allongement du délai de prescription 283
B – L'intérêt discuté du recul du point de départ du délai de prescription 285
1) Les origines prétoriennes du recul du point de départ du délai de prescription 285
2) L'intervention législative affirmant le recul du point de départ du délai de prescription 288

§2 - L'EXERCICE DE L'ACTION PUBLIQUE EN DROIT PENAL DES AFFAIRES 291

A - La difficile participation de la victime au déclenchement de l'action publique en droit pénal des affaires 292
1) L'acceptation d'une victime en droit pénal des affaires 293
2) L'accès progressif de la victime au déclenchement de l'action publique 296
3) La subsistance d'entraves à l'action de la victime en matière économique 298
B - La nécessité d'élargir les sources de dénonciation en droit pénal des affaires 300
1) La dénonciation par obligation 300
2) La dénonciation par contrepartie 303

SECTION 2
LE PRINCIPE DE NECESSITE ET L'ETABLISSEMENT DE LA PREUVE DES INFRACTIONS D'AFFAIRES 309

§1 - L'INTEGRATION D'INFRACTIONS D'AFFAIRES DANS LE CHAMP DE LA PROCEDURE DEROGATOIRE DE LA CRIMINALITE ORGANISEE 310

A – L'intégration progressive des infractions financières 311
B – Des moyens d'enquête exorbitants 313

§2 - LES FACILITES PROBATOIRES EN MATIERE ECONOMIQUE 316
A - Les facilitations probatoires concernant l'élément moral de l'infraction 317
B – Les facilités probatoires concernant l'élément matériel de l'infraction 320

CHAPITRE 2
L'ASPECT INSTITUTIONNEL DU PRINCIPE DE NECESSITE EN MATIERE ECONOMIQUE 325

SECTION 1
LA NECESSAIRE MAIS INSUFFISANTE SPECIALISATION D'ENSEMBLE DE LA JUSTICE PENALE 327

§1 – LA NECESSITE DE REVOIR L'ORGANISATION JURIDICTIONNELLE SPECIALISEE 328

A- A l'origine : une organisation juridictionnelle en manque de clarté 329
B – La réorganisation opérée par la loi du 6 décembre 2013 332

§2 – DES JURIDICTIONS PENALES AUX COMPETENCES CENTREES SUR LA MATIERE ECONOMIQUE ET FINANCIERE 334

A – Les critères de compétences des juridictions spécialisées 334
B – Des compétences concurrentes 339

SECTION 2
LA NECESSITE ABSOLUE DE LA SPECIALISATION DES AUTORITES D'ENQUETE 343

§1 – L'ETABLISSEMENT D'AUTORITES D'ENQUETE ET DE POURSUITE SPECIALISEES 345

A- La création du parquet national financier 345
B – Une police judiciaire spécialisée en matière économique..... 349

§2 – UN PARQUET AUX COMPETENCES CONCENTREES SUR LA MATIERE ECONOMIQUE..... 350

A- Les compétences du parquet national financier 351
B - L'articulation entre un parquet « hyper spécialisé » et les autres institutions spécialisées..... 354

CONCLUSION TITRE 2..... 359

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE
LE PRINCIPE DE NECESSITE, MOTEUR A L'INTERVENTION DU DROIT PENAL DANS LA VIE ECONOMIQUE..... 361

CONCLUSION GENERALE 365

BIBLIOGRAPHIE..... 369

INDEX ALPHABETIQUE 393

TABLE DES MATIERES..... 399