

Les affaires sont le moteur de la vie économique.

Il convient d'en sanctionner les pratiques frauduleuses.

Remarques linéaires :

Présentation de la Division Economique et Financière du S.R.P.J. (délinquance astucieuse – délinquance économique – saisie des avoirs criminels etc.)

Les infractions développées.

Il est impossible dans le temps imparti, de détailler toutes les infractions financières définies par le code pénal, le code du commerce, code des marchés publics et du code monétaire et financier. Seules deux infractions très spécifiques extraites de ce cours seront traitées : Abus de Biens Sociaux et Banqueroute.

La spécificité de l'enquête financière.

On a ainsi coutume d'opposer l'enquête criminelle à l'enquête financière. En quittant une scène de crime, après avoir recueilli les indices, l'enquêteur se met en quête d'un coupable à qui il imputera les faits constatés. (Crime, vol, effraction, violences, etc.) En lisant plusieurs jours un épais dossier, le financier n'a pas le souci d'identifier le mis en cause tout désigné dans les codes ou statuts des entreprises. Sa préoccupation est de rechercher et de qualifier les infractions qui ont mené l'entreprise à la déconfiture ou qui l'ont affaiblie et les imputer aux mis en cause identifiés.

Car à la différence des affaires criminelles, l'auteur des faits est connu (et souvent désigné dans le texte de loi comme étant "Le président, le Gérant, les Administrateurs ou les Directeurs Généraux etc.") mais il faut – comme il se dit dans le jargon policier - « l'habiller » car souvent la frontière est proche entre la faute de gestion et la faute pénale qui seule doit être imputée.

La « solitude » de l'enquêteur financier.

Les examens comptables sont parfois le seul recours pour dénouer les relations entre plusieurs sociétés et imputer certaines infractions. De fait, lors des procès, les conclusions de l'enquêteur – dont la responsabilité peut-être immense - sont souvent discutées.

Les saisines du S.R.P.J. : le Parquet du Tribunal de Commerce est représenté par le Procureur de la République (souvent un Magistrat spécialisé) et qui, lors du prononcé d'une procédure collective (L.J. ou R.J.) peut décider de saisir la financière. Le mandataire liquidateur (qui recense et représente les créanciers) est chargé de rédiger un rapport sur les actifs de la société, et, déjà, il va orienter les recherches sur d'éventuels détournements opérés par les dirigeants.

Les dossiers Tracfin.

Les dénonciations (art. 40 CPP) de la Chambre Régionale des Comptes et des Commissaires aux Comptes.

Les plaintes avec constitution de partie civile.

Les signalements des « institutionnels » en matière de fraudes aux organismes sociaux.

Etc. (parler du niveau des saisines – de l'avis au Parquet concerné – de l'appréciation des dossiers –notamment sur la prescription - et du choix des infractions financières dont le traitement sera privilégié)

La délinquance économique et financière

Il s'agit d'infractions de droit commun dites « astucieuses » (vol, escroquerie, filouterie, abus de confiance etc.) et de délits se rapportant :

- *à la vie des sociétés, personnes morales dotées d'un patrimoine propre versé à la réalisation d'objectifs commerciaux devant dégager des bénéfices pour une redistribution aux associés.*
- *à une rupture devant l'égalité d'accès aux commandes publiques (les affaires "politico financières") plus connue sous le nom de favoritisme.*
- *à des infractions très spécifiques qui sapent le crédit d'une société ou de sa monnaie (fausse monnaie, contrefaçons, cybercriminalité, blanchiment etc.) et dont la principale valeur sociale à protéger est "la foi publique".*

Nous allons donc traiter (I) des infractions qui appauvrissent le patrimoine de la société (abus de biens sociaux et du crédit - banqueroute) ou qui nuisent (II) à sa réputation et celle de ses dirigeants (corruption, trafic d'influence, détournement de fonds publics, ingérence).

Pour être complet, il faudrait traiter des infractions qui ont pu injustement favoriser l'entreprise (III) notamment par l'obtention frauduleuse de certains marchés publics (favoritisme), ainsi que les appropriations frauduleuses (IV) .

Donc, le patrimoine d'une société est appauvri par :

I – les détournements d’actifs.

1) – les abus de biens sociaux et du crédit

Ce délit est un contre-pouvoir à la gestion du dirigeant, surtout s’il est majoritaire en parts sociales. Il s’agit, dès 1935, de protéger, les créanciers et le patrimoine de la société de toutes ponctions contraires aux intérêts et à l’objet social de l’Entreprise.

Car à la différence de certains pays (USA, Angleterre) le patrimoine d’une société française n’est pas confondu avec le patrimoine de ses dirigeants.

Que précise l’art. L. 242-6, 3° et 4° du code de Commerce : « seront poursuivis pénalement les dirigeants qui, de mauvaise foi, auront fait des biens ou du crédit de la société » ... « un usage qu’ils savaient contraire aux intérêts de la société, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement ».

C’est l’infraction que l’on relève presque systématiquement dans les enquêtes financières.

a- les éléments constitutifs

Si la liste des personnes concernées par cette infraction est restrictive, l’usage des biens ou du crédit est une notion plus large. Des exemples illustreront.

- 1) - **un usage des biens** : prélever des numéraires dans la caisse, faire payer un jardinier par la société, encaisser sur son compte des chèques destinés à la société, satisfaire son goût pour les voitures de luxe ou les bateaux en faisant acheter ces engins par l’entreprise etc....
- **un usage du crédit** : faire cautionner une dette personnelle par la société, endosser une traite pour faire plaisir à un ami etc. et ainsi réaliser un acte anormal ou faire courir à l’entreprise un risque financier. Peu importe le niveau du risque supporté par l’entreprise.

Cet usage doit être contraire à l’objet social (même si l’ensemble des associés est d’accord !) Et c’est là que le juge répressif – et lui seul – va apprécier si les faits poursuivis sont ou ne sont pas contraires à l’intérêt social.

Par exemple la société n’a pas vocation à faire crédit aux dirigeants : un compte courant ne saurait donc être débiteur.

Une convention non respectée est un ABS comme utiliser les véhicules et le personnel de son entreprise de déménagement pour se déménager soi-même et ne pas respecter la convention d'abattement de 30%

Se faire avancer de l'argent par une SARL ou SA pour « finir le mois » entre dans le champ de cette infraction.

Prélever des actifs dans la société pour commettre un acte illicite (une corruption) est sans conteste contraire à l'intérêt social.

Dans les Affaires MOUILLOT et CARIGNON, les dirigeants avaient ponctionné frauduleusement l'entreprise pour corrompre un élu et obtenir des dégrèvements d'impôt ou des marchés et maintenaient que la société n'avait pas été lésée, puisqu'elle s'était acquittée d'un impôt amoindri !

Mais pour la Cour de Cassation, la corruption est contraire à l'intérêt social d'une société puisqu'elle l'expose, comme personne morale, à des risques de sanctions pénales et fiscales. Une condamnation porte atteinte également à son crédit ou sa réputation. Le trafic d'influence, la corruption, ne sont pas des modes de gestion des entreprises commerciales. Les arguments avancés furent donc repoussés.

L'Abus de Biens Sociaux peut être relevé entre deux sociétés : ne pas appeler une créance, utiliser la trésorerie de l'une pour l'autre en détournant des chèques ou des règlements.

2) la recherche d'un intérêt personnel (dol spécial)

Le dirigeant et/ou ses proches ont été bénéficiaires de l'usage. (Ex : un salaire fictif versé à la fille du dirigeant, sous-traitance avantageuse pour une SARL « contrôlée » par l'épouse d'un dirigeant). C'est pour masquer les malversations à des fins personnelles que des « sociétés écrans » avec des gérants de fait sont parfois créées.

3) enfin un acte accompli de mauvaise foi (dol général)

Le dirigeant doit avoir « conscience » que les appauvrissements des actifs de la société nuisent à celle-ci, et plus les prélèvements seront « occultes », dissimulés, plus il lui sera difficile d'évoquer la bonne foi (ex : constitution d'une caisse noire, rémunération hors de proportion alors qu'il connaissait la situation financière de l'Entreprise etc.)

Il ne s'agit pas là de nuire, de détruire la société, mais d'en abuser et de priver les associés des bénéfices qui leur reviennent. Le simple usage des biens ou même du crédit social caractérise donc le délit d'abus de biens sociaux et alors même que cet usage n'a pas altéré l'usage de la chose ou n'a pas appauvri la société.

b-les auteurs

On voit bien que le délit d'abus de biens sociaux est un « délit de fonction » comme le qualifie M. Renaud SALOMON – Conseiller référendaire à la Cour de Cassation et Professeur associé à l'Université de PARIS-EST. Il est donc imputable qu'aux seuls dirigeants des personnes morales visées par la loi.

Pour simplifier l'abus de biens sociaux ou du crédit ne peut être commis que par les seuls dirigeants des personnes morales (sociétés) visées par la loi : gérants de SARL, ou les dirigeants des SA, sociétés coopératives, d'assurances, sociétés immobilières de construction, sociétés civiles de placement immobilier, SAS, société d'économie mixte constituées sur les règles des SA etc... Dans les sociétés à risques illimités (SNC) l'ABS n'est pas réprimé.. De même pour les commerçants, qui sont responsables sur leurs biens personnels et qui en sont exclus.

Le Gérant de fait (souvent un associé minoritaire) peut aussi être poursuivi comme auteur principal.

Tous ceux qui auront bénéficié, récolté, transmis des biens ou des valeurs provenant d'un tel abus seront poursuivis comme receleur (art. 321-1 C.P.) Attention donc aux cadeaux, largesses, voyages d'agrément que l'on pourrait vous offrir ! Il n'y a bien sûr pas d'immunité pour l'épouse ou l'époux.

Celui qui aura porté aide ou assistance en connaissance de cause sera considéré comme complice. Le lien de subordination entre le comptable salarié et le dirigeant indélicat fait justement échec à cette complicité.

c-la prescription de l'ABS

Il s'agit d'un délit instantané qui se prescrit par trois ans au jour où les détournements ou abus ont été réalisés.

Mais pour une plus juste répression, les solutions jurisprudentielles se jouent désormais du temps car il s'agit d'un délit généralement « dissimulé » par le biais de manipulations rendant difficile la découverte du délit.

Très tôt donc, en raison de la nature occulte du délit, et afin d'éviter qu'il soit trop souvent impuni, la Cour de Cassation a retardé le point de départ de la prescription de l'ABS au « jour où il est apparu et a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique » ! L'usage prolongé (achat d'un bateau) retardant encore plus le point de départ de la prescription ! Si bien qu'un parlementaire s'écria un jour que « l'Abus de Biens Sociaux » était imprescriptible !

Plus récemment et pour calmer certains commentaires excessifs du monde politique, cette jurisprudence s'est quelque peu assouplie. Ainsi plusieurs arrêts de principe de la CC confirment que :

- « sauf dissimulation (ex : comptes qui ne sont pas fidèles ou sincères, convention réglementée non communiquée aux associés etc.) le délai de prescription de trois ans du délit d'abus de biens sociaux court à compter de la présentation des comptes annuels » - lors de l'assemblée générale Ordinaire - « dans lesquels les dépenses ont été mises indûment à la charge de la société ».

Il est difficile de détecter un emploi fictif, noyé dans les charges salariales d'une société employant 1 000 salariés, au moment de la présentation des comptes annuels. Mais dès cette date, les associés ont la possibilité de vérifier les comptes sociaux et de découvrir les faits constitutifs de cette infraction.

d- pénalités de l'ABS.

Le délit est puni de 5 ans d'emprisonnement et de 375 000 EUROS d'amende (art.L.241-3,4° et L.242-6,3°).

Ces textes ne prévoient ni peines complémentaires, ni circonstances aggravantes.

Dans les faits, un compte courant associé faiblement débiteur ou de petites ponctions qui ne grugent pas sévèrement le patrimoine de la société ou les bénéficiaires attendus des associés sont rarement poursuivis.

Enfin, la loi du 9 mars 2004, dite PERBEN II, a posé le principe d'une responsabilité des personnes morales. Une société mère peut donc être poursuivie pour ABS au préjudice d'une de ses filiales (sauf si les « remontées d'actifs » participent à une stratégie du Groupe, ou qu'il y ait une convention de « pooling » avec un taux d'intérêt et qu'il existe une contre partie commerciale pour la filiale ponctionnée tel que le célèbre arrêt ROSEMBLUM du 4 février 1985 l'a précisé)

Remarque : Tous les détournements commis dans une société, non imputables aux dirigeants, seront poursuivis par le droit pénal « commun » tel le vol, l'abus de confiance, l'escroquerie. Ex : utilisation d'une messagerie à des fins autres qu'une communication professionnelle, vol dans les stocks, production de justificatifs de fausses missions ayant induit remboursements etc.

Remarques :

- Sur l'application de cette législation aux Sociétés Etrangères. En 2004 la CC stipule qu'il faut poursuivre pour Abus de Confiance (et non ABS) ces sociétés de droit étranger d'autant que dans certains pays le patrimoine de la société et

des dirigeants ne font qu'un, ces derniers pouvant systématiquement être considérés comme commerçants.

- *Le mécénat peut-il être considéré comme un ABS ? où sont les limites à la générosité ?*

(Le mécénat est « un soutien matériel apporté sans contrepartie directe du bénéficiaire, à une œuvre ou une personne pour l'exercice d'activités présentant un intérêt général ». Il ouvre droit à une réduction d'impôt. A la différence du parrainage, qui lui est un « soutien matériel ponctuel apporté à une manifestation en vue d'en retirer un bénéfice direct : faire parler de l'entreprise donatrice le temps de la manifestation. Son montant peut être déduit des résultats imposables.

Pour que le mécénat ne soit pas considéré comme un ABS, il faut que le nom de l'entreprise soit associé à l'opération, que le don soit réalisé dans l'intérêt exclusif de celle-ci, que l'opération ne soit pas disproportionnée par rapport aux retombées médiatique que l'on peut raisonnablement en attendre, et qu'il ne bénéficie pas au dirigeant pour le recherche d'un prestige, de bonnes relations avec un parti politique etc....)

Par la loi du 06/12/2013, l'infraction d'abus de biens sociaux aggravé a été créée. Cette loi crée une circonstance aggravante pour le délit d'abus de biens sociaux commis au sein d'une S.A.R.L. (Article L 241-3 du code de commerce) et d'une société anonyme (article L242-6 du code de commerce, lorsqu'il a été réalisé ou facilité 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, fiduciaire ou institution comparable établis à l'étranger.

L'ABS aggravé est puni de 7 ans d'emprisonnement et de 500 000 € d'amende.

2 – la banqueroute

A la différence de l'Abus de Biens Sociaux, la Banqueroute naît de la déconfiture de l'entreprise. Son seul nom évoque le « krak » financier ! Aussi peut-elle être sanctionnée commercialement et pénalement. C'est une infraction punissable d'une « double peine », d'autant que le commercial n'est pas tenu en l'état par le pénal!

Est ainsi qualifié de BANQUEROUTE par l'art. L.626-2 du Code du Commerce : « le détournement ou la dissimulation d'actif, l'augmentation frauduleuse du passif, la tenue d'une comptabilité incomplète ou irrégulière, l'emploi de moyens ruineux pour se procurer des fonds afin d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire. »

Tout comme pour l'ABS le texte désigne comme auteurs les dirigeants de droit (ou de fait) de l'entreprise, mais d'une manière plus large : il s'agit des personnes exerçant une activité commerciale ou artisanale, les agriculteurs, personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, personnes morales elles-mêmes et leurs représentants, les artisans. Le délit de banqueroute, outre les commerçants, réprime de plus en plus toutes les personnes exerçant une activité économique.

Mais du texte se dégage un préalable :

a) l'ouverture d'une procédure collective et une date de Cessation des Paiements.

L'article L.626-2 du Code de Commerce est sans équivoque : l'ouverture d'une « procédure collective » de redressement ou de liquidation judiciaire est la condition nécessaire à toute poursuite pour banqueroute.

Expliquer « procédure collective » devant le Tribunal de Commerce (Liquidation Judiciaire – Redressement Judiciaire – Procédure de sauvegarde – Procédure de conciliation).

Et elle doit avoir été précédée d'une déclaration de cessation des paiements.

la DCP est un état, défini selon l'article L -631-1 alinéa du Code du Commerce comme « l'impossibilité pour la société de faire face au passif exigible avec son actif disponible ».

De son côté, la chambre criminelle retient traditionnellement « la situation irrémédiablement compromise du débiteur ».

De ces deux appréciations, commerciale ou pénale, résulte la possibilité pour le Policier puis le Tribunal Correctionnel de retenir une date de Cessation des Paiements différente de celle fixée par le Tribunal de Commerce ayant procédé à l'ouverture de la procédure collective.

Quel est l'intérêt d'une telle distinction ? Pouvoir « faire remonter dans le temps cette date charnière et englober des faits d'abus de biens sociaux en faits de banqueroute ».

(Le maintien par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 du préalable d'une cessation des paiements comme condition au délit ne permet pas de qualifier de banqueroute de simples « ponctions » (comme les ABS) qui peuvent relever d'une mauvaise gestion ou de simple négligence. Car l'enjeu de la Banqueroute est autre. Cette infraction permet de prononcer des interdictions de gérer et d'initier des procédures en comblement de passif.

La date de cessation des paiements qui sera fixée provisoirement par le Tribunal de Commerce, est la frontière entre L'ABUS de BIENS SOCIAUX et la BANQUEROUTE. Pour ce qui est des détournements, avant cette date, ils constitueront des ABS car la société était supposée faire des bénéfices, et après cette date ces mêmes détournements seront constitutifs de L'UN des QUATRE cas de l'élément matériel de la Banqueroute.

b) Quels sont justement les quatre cas de banqueroute?

***Premier cas : le maintien artificiel de l'entreprise défaillante.
(Art. L. 626-2, 1°)***

Ce cas sanctionne l'augmentation du passif en faisant appel à des moyens ruineux (octroi d'un financement à taux excessif pour lequel un banquier peut être complice), ou en revendant des marchandises en dessous de leur cours réels. Dans les deux cas il s'agit pour le gérant aux abois de trouver des liquidités pour tenter une ultime fois de « sauver » la société à laquelle il tient (entreprise familiale). Dans ces cas là, les charges sociales ne sont pas payées – tout comme le comptable - et ce sont souvent les créanciers institutionnels qui déclenchent la procédure.

Second cas : le détournement ou la dissimulation d'actif. (Art. L. 626-2, 2°)

Le détournement correspond à un acte de disposition des actifs de la société :

- orienter des paiements au profit d'une autre société que l'on a créé avec le sigle de la première*
- céder des actifs (véhicules) ou refuser de les restituer*
- remboursement du compte courant débiteur de certains associés, cession de matériel a une société créée intentionnellement pour reprendre l'activité, prélèvements de fonds sur le compte de la société pour des dépenses personnelles.*
- concernant les biens incorporels, les actions ou les brevets peuvent faire l'objet d'un détournement, dès lors, pour les brevets, que la société a supporté les frais de recherches.*
- des remboursements de compte courant à des membres de la famille du dirigeant*
- l'octroi de rémunérations excessives les derniers mois juste avant de déposer le bilan (et ainsi bénéficier des assurances des indemnités conséquentes...)*

La dissimulation d'actifs : encaisser des chèques clientèles sans ordre, ne pas remettre la totalité d'un logiciel cédé avec tous les actifs d'une société en redressement, etc. Avec la dissimulation, nous sommes à la frontière du vol...Et il s'agit de sanctionner le dirigeant qui prive par tous les moyens les créanciers d'une partie de leurs gages sur le patrimoine de l'entreprise.

Tous les détournements d'actifs applicables à l'Abus de Biens Sociaux le sont pour la banqueroute compte tenu de la très grande proximité des éléments matériels de ces deux infractions – incompatibles - car séparées par une simple date de Cessation des Paiements ! La Cour de Cassation a institué un critère d'ordre chronologique entre ces deux infractions.

Troisième cas : l'augmentation frauduleuse du passif (art. L. 626-2, 3°)

Il s'agit la plupart du temps d'opérer des transferts frauduleux de fonds au bénéfice de créanciers fictifs et complices (A la différence du 1^{er} cas, il n'y a pas volonté de maintenir l'activité commerciale) et bien sûr au détriment des créanciers véritables, privés ainsi d'actifs leur revenant. Les fausses factures peuvent couvrir des prestations fictives permettant l'évasion des capitaux de la société, grevant ainsi son passif.

Quatrième cas : une « absence » de comptabilité (L. 626-2, 4°)

Les textes sanctionnent l'absence même de comptabilité ou toute comptabilité qui n'a aucun rapport avec la réalité économique de l'entreprise. On parlera alors de comptabilité « fictive » ou « irrégulière ». C'est le cas de banqueroute le plus simple à établir d'autant que les banqueroutiers négligent souvent le paiement des honoraires du Cabinet Comptable lorsque la trésorerie s'amenuise dans les comptes de leur société.

Remarque :

Le délit de banqueroute est un délit intentionnel et il suppose d'avoir conscience d'agir illégalement au préjudice des ayant-droits. Cette intention se déduira bien sûr des moyens utilisés (crédit à taux très élevé, erreur manifeste d'enregistrement de factures, actifs détournés servant d'apports à une nouvelle société etc.).

Il n'est pas nécessaire, à la différence de l'Abus de Biens Sociaux, de prouver l'intérêt personnel du dirigeant à agir et sa volonté de nuire à l'intérêt social de l'entreprise.

Pénalité :

Comme pour l'Abus de Biens Sociaux l'article L.626-3 punit les banqueroutiers d'un emprisonnement de 5 ans et d'une amende de 75 000 Euros. Et 7 ans et 100 000 EUROS lorsque le dirigeant impliqué dirige une société d'investissements.

Et de lourdes peines complémentaires peuvent être prononcées : parmi celles-ci l'interdiction d'exercer une activité commerciale, l'exclusion des marchés publics, la faillite personnelle.

La tentative n'est pas incriminée. Les complices, les receleurs et les personnes morales sont bien entendu poursuivis.

Le gérant de fait est assimilé au Gérant de Droit et sa responsabilité en cas de banqueroute n'efface en rien la responsabilité de ce dernier. La qualité du Gérant de Fait est caractérisée par une immixtion dans les fonctions déterminantes pour diriger la société (donner des instructions aux salariés, traiter avec les banques, percevoir des règlements - CA PARIS 11 JUIN 1987). L'action en comblement de passif peut lui être également appliquée.

Différences entre l'ABS et la BANQUEROUTE :

L'élément matériel de ces deux infractions se traduit par des dissimulations d'actifs. Et c'est la date de Cessation des Paiements qui implique une procédure « collective » qui va « historiquement » poser l'infraction : avant la date de la DCP, les ponctions seront qualifiées ABS, et après les prélèvements inconsidérés seront des faits de banqueroute.

L'élément matériel de la banqueroute (détournement d'actif) est moins « large » que celui de l'ABS qui permet de réprimer toutes les ponctions du dirigeant qui portent atteinte au patrimoine de la société. (Prêt, avances etc.. ne sont pas des dissimulations). De même, l'usage abusif de l'ABS est différent du détournement d'actif de la banqueroute qui prive le créancier d'une ressource.

Rien n'interdit au Tribunal, à l'examen des comptes de la société, de contredire la déclaration du gérant et ainsi « remonter dans le temps sur une période maximum de 18 mois » la date de la DCP à une date où la structure économique était dans « l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible » (art. L. 621-1)

Des faits d'ABS seront donc « requalifiés » faits de BANQUEROUTE avec la possibilité d'une action en comblement de passif et des peines complémentaires - comme l'interdiction de gérer - qui pénaliseront lourdement les dirigeants indéclicats.

La peine d'emprisonnement est de 5 ans pour ces deux infractions, mais l'amende n'est que de 75 000 E pour la BANQUEROUTE contre 375 000 pour l'ABS.

Le point de départ du délai de prescription de l'ABS (3 ans) est le jour de sa « révélation », soit plusieurs mois parfois après sa commission. Pour la Banqueroute le point de départ du délai de trois ans est fixé par l'article L.626-15 au jour du jugement prononçant l'ouverture d'une procédure collective.

En cas de banqueroute il n'y a pas besoin de démontrer l'intérêt personnel du dirigeant.

L'ABS n'est imputable qu'aux seuls dirigeants des personnes morales visées de façon restrictive par l'article du CC.

De même, il existe des différences entre ABS et BANQUEROUTE sur la recevabilité de l'action civile :

La société, victime d'un ABS, peut déposer plainte, se constituer PC par son représentant légal : président, directeur général, gérant, administrateur, ou LIQUIDATEUR JUDICIAIRE (représentant des créanciers) Pour les faits de BANQUEROUTE, peuvent ester en justice le mandataire judiciaire, le représentant des salariés, le commissaire à l'exécution du plan, la majorité des créanciers nommés contrôleurs, en dérogation de l'article 2 du CPP comme le souligne la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation.

II – les ruptures d'égalité dans l'obtention des affaires.

La loi va sanctionner le recours à des pratiques frauduleuses telles que la corruption et le trafic d'influence, ce que les médias nomment « pots-de-vin », et que de nombreuses législations répriment. Quand la doctrine parle de l'internationalisation du Droit Pénal, elle fait d'ailleurs souvent référence à l'infraction de CORRUPTION, source principale du blanchiment. D'ailleurs la Loi du 30 juin 2000 et son émanation l'art. 435-1 et 3 du code pénal, incrimine désormais la corruption des fonctionnaires communautaires et les « sollicitations actives » des agents étrangers.

1– la corruption

1000 milliards de dollars par an dans le monde !

Elle concerne tous les pays car c'est un problème de société à tous les niveaux.

Dans les pays en voie de développement c'est une cause d'instabilité économique et sociale, mais en France, l'affaire des « marchés Ile de France et sa clef de répartition » n'a rien eu à envier aux « éléphants blancs » de certains pays africains.

Le financement des campagnes électorales (loi Rocard 1990), le contrôle du patrimoine des élus, l'interdiction des dons aux partis politiques, les peines complémentaires comme l'exclusion des marchés publics, l'impossibilité désormais pour une firme française de déduire fiscalement ses commissions payées à l'étranger ont moralisé les rapports politico-financiers.

Enfin la loi n° 2005-743 du 4 juillet 2005 a autorisé la ratification de la convention de MERIDA du 9 décembre 2003 adoptée à New-York le 31 octobre 2003 et qui avait pour objectifs généraux la promotion et le renforcement des mesures visant à prévenir et combattre la corruption.

En effet, dans les codes des marchés publics français postérieurs à cette signature, l'article 9 de la convention relatif à la passation des marchés publics a impliqué, comme nous le verrons ultérieurement en évoquant « les marchés publics », la mise en œuvre de politiques de prévention et tissé un lien entre la corruption et la commande publique.

On remarque donc que la corruption est une infraction « caméléon » qui se décline à tous les niveaux d'une société.

La réforme du Code Pénal a entraîné l'éclatement de l'ancien art. 177 qui regroupait tous les cas de corruption. Désormais l'art. 432-11 concerne la corruption d'un dépositaire de l'autorité publique, l'art. 434-9 incrimine la corruption de jurés, magistrats, l'art. 435-1 les fonctionnaires européens, l'art.441-8 les professionnels de la médecine, l'art. 445-1 les personnes privées et l'art. L.152-6 du Code du Travail les salariés ainsi « débauchés ». Tous ces articles organisent la corruption « passive » d'une autorité, ont été « doublés » par le législateur qui a envisagé cette infraction « du côté du corrupteur » qui va « activer » le futur corrompu. On parlera alors de corruption active « le fait de proposer » tel que l'énonce l'article 433-1 du code pénal.

Néanmoins ce que les juristes appellent les « moyens de la corruption » sont des éléments communs à toutes ces infractions. Acceptés ou offerts, en quoi consistent-ils ?

Des versements d'argent (enveloppe), des objets de valeur ou des vêtements, des voyages d'agrément, des prix avantageux etc.

L'acte de corruption consiste à « payer » une personne pour qu'elle fasse ou ne fasse pas un acte qui relève de sa fonction.

*Cette infraction suppose un pacte entre deux personnes : le corrupteur et le corrompu. Jusqu'au 30 juin 2000 ce pacte, cette entente, devait être antérieur à la remise des cadeaux ou à leur promesse, ce qui parfois était difficile à prouver. Désormais les textes cités incriminent le fait de solliciter, d'agréer, de proposer des offres, promesses, dons, présents ou avantages **« A TOUT MOMENT »** et donc avant ou après la réalisation ou l'abstention de l'acte souhaité.*

Car le but de toute corruption c'est que le corrompu accomplisse ou n'accomplisse pas « un acte de sa fonction ».

D'autres exemples illustreront :

- versement de 5% des factures à un président de collectivité territoriale pour l'obtention d'un marché de recyclage de déchets.

- obtention d'abattement sur des revenus imposables
- renseignements fournis par un policier
- ne pas dresser de procès verbal
- promesse d'un contrôleur des impôts de laisser filer la prescription sur un dossier de redressement fiscal

Ce délit est puni de 5 ans et 75 000€, si la personne corrompue est un particulier (art 445-1 du code pénal), les peines et amendes sont doublées si il s'agit d'une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public (art 432-11 du code pénal).

Avec la loi du 06/12/2013, les peines d'amende passent de 150 000 € à 1 000 000 € pour la peine aggravée.

La tentative n'est pas incriminée car l'infraction est consommée du seul fait de la sollicitation. Peu importe s'il y a eu un suivi d'effets (livraisons des cadeaux et accomplissement de l'acte). Les complices (celui qui aurait fourni les dons en connaissance de cause) peuvent être poursuivis tout comme le receleur (remise d'un collier pour la femme du corrompu).

Le point de départ de la prescription (3 ans) est le jour de l'offre acceptée et notamment du don. En cas de succession de remises, l'ultime livraison déclenche le délai.

La jurisprudence n'a pas étendu la solution retenue pour l'Abus de Biens Sociaux. Certains juges se sont trouvés démunis lorsque des versements d'argent à des partis politiques se sont trouvés prescrits alors qu'en contre partie certaines sociétés avaient ainsi bénéficié de marchés.

Aussi ces Magistrats ont-ils retenus la qualification d'abus de biens sociaux - et non la corruption- pour contourner l'écueil d'une prescription « trop rigide » !

2)- le trafic d'influence (art. 432-11 et s. du C.P.)

Deux personnes, dont une accepte d'abuser de son influence, pactisent contre rémunération pour faire octroyer à la première, d'une Autorité ou d'une Administration Publique, des distinctions, emplois, décisions favorables. C'est ce qu'on appelle communément « le piston ».

Dans la corruption, c'est de corrompueur à corrompu et l'acte monnayé est en rapport ou facilité par la fonction de celui qui est corrompu. Ex : Moi, chef d'entreprise, je remets de l'argent pour obtenir un marché public.

Dans le trafic d'influence, il y a un « troisième larron », l'intermédiaire, qui use de sa situation professionnelle ou de son statut social pour l'obtention de l'avantage requis auprès du décideur. Il y a souvent une contrepartie...pour aplanir certaines difficultés auprès d'une administration ou collectivité.

Ex : Moi, X, j'ai reçu des fonds d'une entreprise, pour rémunérer mon intervention auprès des élus afin que cette société obtienne un marché public. Ou alors, je contacte M. Y (intermédiaire) ami d'enfance d'un Ministre pour obtenir une distinction honorifique. J'ignore par contre si M. Y a une influence réelle ou supposée - et le code pénal n'en a cure - mais cette influence se situe en « dehors du cadre de sa fonction ».

Le trafic d'influence est puni comme la corruption (5 ou 10 ans d'emprisonnement), mais la peine d'amende a été portée à 500 000 € (loi du 06/12/2013).

La loi du 06 décembre 2013 prévoit une réduction de peine de moitié pour l'auteur ou le complice de certaines infractions si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, il a permis de faire cesser l'infraction ou d'identifier les auteurs ou complices. Peuvent ainsi bénéficier de cette réduction de peine, les auteurs ou complices des infractions suivantes :

-la corruption passive et le trafic d'influence commis par une personne exerçant une fonction publique (nouvel art 432-11-1 du CP)

-la corruption active et le trafic d'influence commis par les particuliers (nouvel art 433-2-1 du CP)

-la corruption et le trafic d'influence commis par un membre d'une juridiction (nouvel art 434-9-2 du CP)

-la corruption internationale et le trafic d'influence international (nouvel art 435-6-1 du CP)

-la corruption et le trafic d'influence international commis par un membre d'une juridiction (nouvel art 435-11-1 du CP)

3-Le détournement de fonds publics :

Article 432-15 du code pénal : « Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, un comptable public, un dépositaire public ou l'un de ses subordonnés, de détruire, détourner ou soustraire un acte ou un titre, ou des fonds publics ou privés, ou effets, pièces ou titres en tenant lieu, ou tout autre objet qui lui a été remis en raison de ses fonctions ou de sa mission, est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende.

La tentative du délit prévu à l'alinéa qui précède est punie des mêmes peines.

Exemples :

Un fonctionnaire qui a reçu de son chef comptable public une procuration et une délégation le commettant à la perception et au décaissement de deniers publics ou privés et qui détourne ces deniers.

C'est le cas le plus flagrant de la personne qui s'enrichit directement en utilisant des fonds publics.

Un président de conseil général qui a utilisé à des fins contraires à celles autorisées des crédits destinés à des actions ayant pour objet l'insertion des personnes en difficulté et inscrits au budget du département au titre des dépenses obligatoires, et qui a personnellement participé à l'attribution de ces crédits.

Dans ce cas l'élu est poursuivi, mais si il n'y a pas eu d'enrichissement personnel.

4)- la prise illégale d'intérêt ou « ingérence » (art 432-12 du code pénal).

Il s'agit d'un délit qui sanctionne des comportements visant à octroyer des avantages injustifiés à des membres de sa famille ou de proches, alors que l'on occupe des postes de décisions souvent en relation avec des mandats locaux.

La Notion de prise illégale d'intérêt est définie à l'article :

- *432-12 C.P. qui sanctionne de 5 ans et 500 000 Euros d'amende (au lieu de 75 000 € loi du 06/12/2013) une personne détentrice de l'autorité publique qui prend « un intérêt » dans une opération dont elle a le contrôle.*
- *Ex : un maire a un fils qui sollicite un logement HLM : il y a un conflit d'intérêt; Autre exemple : le P.O.S. d'une commune va être changé et 3 conseillers municipaux ont des terrains qui, inclus dans l'opération, vont forcément acquérir une certaine plus-value. S'ils participent au vote, il y aura là conflit d'intérêt. Ce délit, conçu dans un but de prévention incrimine la confusion des intérêts privés des élus et des intérêts publics de la commune.*

Autre exemple : un Maire vote l'attribution d'un logement social à un membre de sa famille, une subvention à un proche qui détient avec lui des parts dans une société, recrute une collaboratrice et l'utilise en réalité comme employée de maison à son domicile etc.

- *La prise illégale d'intérêt doit moraliser la vie publique. Aussi Maires Conseillers et décideurs publics s'abstiendront-ils de prendre part aux délibérations et aux votes qui leurs seraient trop favorables.*

Leur présence - même lors des décisions préparatoires - peut être jugée comme une « surveillance » des délibérations qu'ils peuvent ainsi influencer.

Qui sont les personnes qui peuvent être inculpée de PII ?

L'art. 432-12 du code pénal vise toute personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public. C'est le critère de « l'exercice » de cette personne de fonctions relevant de la gestion des affaires publiques qui est pris en compte. Afin de ne pas masquer de telles fonctions sous un statut professionnel bidon !

Le Maire n'est pas le seul ! Les adjoints, les conseillers municipaux, les fonctionnaires municipaux s'ils ont participé à la préparation de l'acte en cause, les proches et membres de la famille (pour recel), les complices.

Mais un architecte investi d'une mission de maîtrise d'œuvre doit être regardé comme une personne chargée d'une mission de S.P. (Ch Crim – 14 juin 2000 – Bull n°221)

Même jurisprudence pour un membre du conseil d'administration d'un port autonome (EPIC) chargé d'une mission de SP (Ch. Crim – 21 novembre 2001 – Bull n° 193) qui est définie comme telle : « une charge pour accomplir des actes ayant pour but de satisfaire à l'intérêt général, et peu importe qu'il (le mandataire) ne dispose d'aucun pouvoir de décision au nom de la puissance publique ».

Et d'autres décisionnaires tombent sous le coup de la loi :

- *Ingénieur au commissariat à l'énergie atomique (Ch. Crim 21 novembre 2001 – Bull n° 243)*
- *Secrétaire général d'une chambre des métiers (Ch. Crim 10 septembre 2003 – Bull n°158)*
- *Président du Conseil Régional des Notaires (Ch. Crim 21 septembre 2005 – Bull n° 233)*
- *Président du Conseil Départemental de la Croix rouge (Ch. Crim 3 avril 2007 – Bull n° 233)*

Vous voyez que les élus locaux – de par la pression immobilière - ont forcément, un jour ou l'autre, l'exercice d'un contrôle sur une affaire les « impliquant ». Aussi la Loi a-t-elle prévue une immunité et un régime dérogatoire pour les communes de moins de 3 500 habitants.

Afin d'éviter que les petites communes - où nombres d'adjoints au Maire occupent des responsabilités commerciales ou possèdent des terrains constructibles - soient paralysées dans leur développement économique, un fait justificatif a été instituée :

*Aussi « ni crime ni délit » pour les maires adjoints et conseillers municipaux des communes de 3 500 habitants au plus **qui s'abstiennent de participer à la délibération du conseil municipal** pour les attributions de fournitures à concurrence de 16 000 euros annuel ou l'achat de biens communaux (parcelles, terrains etc.) préalablement évalués par le service des Domaines.*

Les Juridictions pénales exercent un contrôle très strict sur ces dérogations.

Ainsi pour que le délit de PII soit caractérisé, il faut que :

- « l'élu, ou le chargé d'une mission de service public au moment de l'acte, ait eu la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement de l'affaire dans laquelle il a pris intérêt. » Surveillance vaut missions de préparation, propositions, présentation de rapports, d'avis etc.

Ce « contrôle » doit être expressément établi pour que le délit soit constitué.

- L'élu concerné doit avoir pris, obtenu ou conservé (important pour la prescription) un intérêt dans l'opération. La notion d'intérêt est très vaste : bénéfices directs ou indirects, avantages pécuniaires, matériels, affectifs, moral, politique...

Les délégations du Maire aux adjoints ne l'absolvent pas de toute responsabilité.

L'élu responsable d'une association peut aussi être poursuivi s'il participe au vote d'une subvention de sa collectivité au bénéfice de son mouvement, sauf si celle-ci revêt un caractère non lucratif. Maintenant si l'association a des activités de caractère commercial... Il est fortement conseillé – et l'enquête de police judiciaire le vérifie – de quitter la salle au moment du vote de la résolution lui allouant une subvention...

Éléments constitutifs de cette infraction.

On donnera là d'autres cas concrets issus des jurisprudences.

Élément matériel.

Car (Ch. Crim 19 mai 1999 – Bull n°101) la Chambre Criminelle a considéré que la « participation d'un conseiller d'une collectivité territoriale à un organe délibérant de celle-ci, lorsque la délibération porte sur une affaire dans laquelle il a un intérêt, vaut surveillance ou administration de l'opération au sens de l'art. 432-12 du code pénal ». De même la participation – par personne interposée munie d'une procuration – d'un membre d'une assemblée territoriale aux délibérations de cette assemblée, lorsque celles-ci portent sur une affaire dans laquelle il a un intérêt, vaut surveillance ou administration de l'opération » (Ch. Crim. – 10 avril 2002 – Bull n° 84)

A été condamné un conseiller municipal qui – habilleusement – avait exercé les fonctions de secrétaire de séance lors d'un conseil municipal portant sur des opérations d'urbanisme dans lesquelles il avait un intérêt, et ce, alors même qu'il n'avait jamais pris part aux votes et était même sorti lors de ces derniers. Comme quoi la « présence » ne se définit pas par le seul physique... (Ch. Crim. – 14 novembre 2007 – Bull n° 279 et Ch. Crim – 3 décembre 2008 – Bull n° 08-83.532)

Selon la Ch. Crim – 27 novembre 2002 - Bull n° 212, « il n'importe que l'acte par lequel se réalise la PII soit accompli par un délégataire de signature ». Le directeur d'un service départemental d'Incendie et de Secours avait reçu délégation de signature du président de cet organisme - condamné pour PI I- qui lui avait fait signer des états relatifs aux loyers versés à la SCI dont il était « propriétaire ».

Cette « PII » peut être relevé aussi lors des appels d'offre concernant la commande publique. Aussi, pour s'en affranchir, l'élu veillera à ne pas avoir la direction ou le contrôle d'une opération susceptible de concerner sa propre entreprise ou sphère d'influence. Et de ne pas participer aux procédures d'appel d'offre si un membre de sa famille ou un de ses proches est adjudicateur.

Quelle définition peut-on donner de l'intérêt, qui est au centre de cette infraction ?

C'est un intérêt personnel, patrimonial – le plus facile à caractériser – mais également moral (Ch. Crim – 5 novembre 1998 – Bull n° 289) Président d'une CCI ayant octroyé la sous-concession d'un parking à une Sarl dont son gendre, porteur de parts par l'intermédiaire d'un prête nom, était le directeur technique. Vous voyez que dans de tel cas, l'enquête « PJ » vise justement à révéler les fonctions réelles des suspects.

Autre exemple avec cet arrêt de CA « cassé » sur pourvoi du Procureur Général qui avait relaxé un Maire ayant signé lui-même ou fait signer par son premier adjoint, des actes d'engagement portant sur des travaux de construction de bâtiments communaux avec son gendre lequel était architecte ! (Ch. Crim – 29 septembre 1999 – Bull n° 202).

On pourrait multiplier les exemples :

- *Ch. Crim – 21 juin 2000 – Bull n° 239 : Maire président de la C.A.O. dans l'attribution de plusieurs marchés publics à des sociétés gérées par ses enfants.*
- *Ch. Crim – 3 mai 2001 – Bull n° 106 : Présidente d' »un syndicat intercommunal qui a participé au sein des commissions d'appels d'offres (CAO), à l'attribution de marchés publics à une entreprise gérée par son fils.*
- *Ch. Crim – 27 novembre 2002 – Bull n° 213 : Poursuite confirmée d'un Président de Conseil Général qui avait ordonnancé des dépenses de communication du département au profit d'une société attributaire du marché et qui avait apporté son soutien financier à deux autres sociétés dont il était actionnaire et administrateur. Les « écrans » avaient été déjoués ! Il n'y avait pas de lien direct avec elles, mais ce Président avait pris un intérêt « indirect », par « interposition de personne morale » comme la Chambre Criminelle la justement souligné.*

Elément intentionnel.

L'intention coupable est caractérisée par le seul fait que l'auteur a accompli sciemment l'acte constituant l'élément matériel du délit. Et la Chambre Criminelle – 14 juin 2000 – Bull n° 22, va même plus loin en stipulant que « le délit de PII se

consomme par le seul abus de la fonction, indépendamment de la recherche d'un gain ou d'un avantage personnel. » Ainsi un Maire qui en toute opacité, ferait prendre à son Conseil Municipal une décision a laquelle il n'aurait pas été « associée » pourrait être poursuivi de PII.

La Prescription.

Le délit de PII est une infraction instantanée, consommée dès que l'agent public a pris ou reçu un intérêt dans une entreprise ou opération dont il avait la surveillance au moment de l'acte.

Le point de départ de cette prescription est celle où se réalise la conjonction de la surveillance et de la prise d'intérêt. Le « vote » en est l'exemple le plus visible.

En cas d'une succession de prises de position ou d'interventions, le délit de PII se prescrit à compter du dernier acte administratif de l'agent public par lequel il prend un intérêt. Il faudra donc que l'enquêteur financier procède à un examen de la chronologie de la décision. (Ch. Crim. – 4 octobre 2000 – Bull n° 287)

Enfin la conservation de « l'intérêt » actualise la prescription.

Vous comprenez donc que le seul fait pour un élu local de participer, même sans vote, à la réunion de l'organe délibérant de la collectivité qui prend une décision à laquelle il a intérêt, est constitutif du délit de PP., prévu et réprimé par les disposition de l'article 432-12 du code pénal, ainsi que ,l'a précisé la Cour de Cassation dans un arrêt du 14 novembre 2007 (Cass. Crim. N° 97-8027).

Mais il est un fait que les dispositions de l'articvle L.2131-11 du Code Général des Collectivités Territoriales aux termes desquelles « Sont illégales les délibérations auxquelles ont pris part un ou plusieurs membres du conseil intéressés à l'affaire qui en fait l'objet, soit en leur nom personnel, soit comme mandataires, » apparaissent être souvent méconnues !

Les « permissions » de la loi.

L'article 432-12 dans ses alinéas 2, 3 et 4 permettent, dans les communes comptant 3 500 habitants, « aux maires,de traiter le transfert de biens mobiliers ou immobiliers ou la fourniture de services dans la limite d'un montant annuels de 16 000 Euros, d'acquérir une parcelle d'un lotissement communal pour y édifier une habitation à usage personnel, d'acquérir un bien à des fins commerciales après avis du service des DOMAINES.

L'article L 1524.5 du Code Général des Collectivités Territoriales autorise les représentants d'une collectivité territoriale de siéger au Conseil d'Administration d'une S.E.M. et d'y être rétribué...

III – l'Atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de services publics. (le favoritisme ou délit d'avantage injustifié)

La passation d'un marché public est soumise à des règles (publicité, mise en concurrence, impartialité dans le choix) qui varient selon l'acheteur public (Etat, collectivités territoriales, établissements publics...). L'acheteur public doit ainsi se conformer à différents types de procédures, déterminés en fonction du montant de la commande publique, mais aussi par la nature du marché (travaux, fournitures ou services).

Il existe donc un formalisme à respecter pour attribuer un marché public à une société et ainsi entraver – ou déjouer - les manœuvres frauduleuses.

Sans entrer dans le détail, car la matière est ardue et le Code des Marchés Publics récent (promulgué par le décret n° 2006-975 du 1er août 2006) nous préciserons que :

C'est une infraction spécifique – qui défend une certaine transparence dans l'octroi des chantiers « publics » à des sociétés et qui moralise les rapports entre le monde économique et le monde politique. Elle est prévue par l'article 432-14 du C.P.

A la différence de la corruption, la personne dépositaire de l'autorité publique n'a pas forcément été soudoyée. Mais de récentes affaires montrent qu'il y a toujours une contrepartie que l'on peut qualifier de corruption, même si cette contrepartie ne participe pas à l'enrichissement personnel du mis en cause.

1) étude de l'élément matériel.

a) - le coupable.

Il ne peut être qu'une personne appartenant à la liste donnée par l'article 432-14 du code pénal (dépositaire de l'autorité publique, élus, administrateurs, agents de l'Etat etc.) mais également « toute personne agissant pour le compte des représentants chargés d'une mission de service public ». Vous voyez là encore que les potentiels coupables, dans les affaires économique-financières, sont répertoriés par les diverses législations.

b) l'avantage octroyé est injustifié.

Peu importe qu'il ait été monnayé ! Mais il a été déterminant et a contribué à emporter la décision.

Il est souvent question d'un défaut d'information sur certaines clauses techniques empêchant certains candidats de faire des offres pertinentes, ou d'une

Autorité qui « tronçonne » le prix d'un marché en lots pour éviter d'avoir à engager une procédure d'appel d'offre, de l'utilisation d'une procédure d'urgence pour débouter d'éventuels candidats, de la communication des montants des propositions des postulants, du non respect des procédures, de la sélection d'une candidature irrégulière (défaut des attestations fiscales et sociale requises par la loi) , avenant bouleversant l'économie du marché initial par des augmentations impressionnantes du montant du marché initial etc.

Le délit est constitué dès qu'un avantage injustifié est procuré à l'attributaire du marché public.

La tentative est également incriminée par le texte. Par exemple, si des conseillers municipaux se ravisent devant un recours administratif et annulent une décision de passation irrégulière de marché, le maire peut néanmoins être poursuivi pour tentative de favoritisme.

c) un acte contraire aux lois et aux règlements

La jurisprudence est sévère : récemment la Cour de Cassation a retenu le délit pour un prévenu qui, en connaissance de cause, n'avait pas respecté les dispositions légales et réglementaires en la matière. Ainsi méconnaître la procédure constitue l'infraction !

D'importantes dispositions régissent la passation et l'exécution des commandes publiques. Il s'agit de protéger les intérêts de l'administration par l'obtention du meilleur rapport qualité/prix et d'assurer la Liberté du Commerce et de l'Industrie par une meilleure transparence des procédures. Aussi, au fil du temps ont émergé quelques « grands principes » comme la « liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures ». Mais s'il existe désormais un noyau dur de textes (cf. HLM, Baux emphytéotiques pour les Hôpitaux) qui exige transparence, concurrence, impartialité, tous les contrats, de par leurs formes juridiques, ne sont pas soumis aux mêmes exigences de transparence. Ainsi des délégations de services publics organisées par la Loi Sapin du 29 janvier 1993 qui exige seulement à une procédure de publicité.

Les principales dispositions dont la violation implique de facto un avantage injustifié sont regroupées dans le code des marchés publics, modifié à de nombreuses reprises et tout dernièrement par le décret de 2006. Si le dispositif pénal n'a pas été remanié, les SEUILS au delà desquels une procédure d'attribution doit être respectée, sont, conformément aux directives européennes, révisés tous les deux ans. Au 1 JANVIER 2013 les seuils HT étaient les suivants :

<i>Seuils HT</i>	<i>Marché sans publicité ni mise en concurrence</i>	<i>Marché à procédure adaptée (Mapa)</i>	<i>Procédures Formalisées</i>
<i>Marché de travaux (pour tout type d'acheteur)</i>	<i>Jusqu'à 15 000 E</i>	<i>Entre 15 000 et 5 Millions d'Euros</i>	<i>Plus de 5 millions d'Euros</i>
<i>Marché de fourniture et de services pour l'Etat et les EPA nationaux</i>	<i>Jusqu'à 15 000 E</i>	<i>Entre 15 000 et 130 000 Euros</i>	<i>Plus de 130 000 E</i>
<i>Marché de fourniture et de services pour les collectivités territoriales et les Epic locaux</i>	<i>Jusqu'à 15 000 E</i>	<i>Entre 15000 et 200 000 Euros</i>	<i>Plus de 200 000 E</i>
<i>Marché de fourniture et de services passés dans le domaine de la défense et de la sécurité</i>	<i>Jusqu'à 15 000 E</i>	<i>Entre 15 000 et 400 000 Euros</i>	<i>Plus de 400 000 E</i>

En fonction des montants hors taxe engagés pour l'achat public et de l'objet du marché, les procédures à respecter sont donc différentes.

Les différents types de marchés sont déterminés en fonction de leur objet :

- marché de travaux : travaux du bâtiment et des constructions civiles (ponts, routes, ports, barrages, infrastructures urbaines, etc.),*
- marché de fourniture : achat de matériels, de mobilier ou de produits,*
- marché de services : services matériels (comme l'entretien des locaux par exemple) ou immatériels (conseil juridique, projet informatique, etc.).*

L'article 432-14 du CP sanctionne des actes volontairement discriminatoires, des actes contraires aux dispositions légales et réglementaires, accomplis en connaissance de cause. Aussi sera-t-il difficile pour un élu de longue date de se réfugier derrière une méconnaissance des procédures, une incompétence en la matière, ou une mauvaise connaissance des textes ! Plusieurs jurisprudences ont ainsi établi une « présomption d'intention coupable » difficile à renverser et considèrent élus et professionnels comme des « initiés » en la matière.

Quant à « l'éventail des délits », il va, nous dit le rapport 2005 du Service Central de Prévention de la Corruption dans son premier chapitre sur la Commande Publique, « de la simple pratique individuelle d'un acheteur qui, sans en retirer une contrepartie personnelle, cherche surtout à favoriser une entreprise pourvoyeuse d'emplois locaux, à des bricolages inacceptables plus retors s'écartant de la stricte rigueur de la comptabilité publique et jusqu'à des montages sophistiqués. Ainsi des « pots de vins », des travaux gratuits à domicile, de grands voyages et des petits cadeaux sont le pendant de procédures truquées, de surfacturations, d'organisation d'ententes anticoncurrentielles, de faux, d'escroqueries sur les produits etc... »

2) la répression

Le délit est puni de 2 ans d'emprisonnement et de 30 000 EUROS d'amende.

Le délai de prescription court lors des transgressions procéduraires, mais si des actes illicites ont été dissimulés, le délit se prescrit à compter du jour où ces actes ont été révélés.

Ceux qui ont tiré profit du marché irrégulièrement attribué sont poursuivis pour recel de favoritisme.

Les sociétés se verront interdire pendant plusieurs années la faculté de postuler à de tels marchés.

Evolution de la répression :

Caractère inopérant de la délégation de signature (entre Maire et Adjoint par exemple) tout comme l'interposition de personnes qui feraient ainsi « écran » aux véritables bénéficiaires du délit de favoritisme. (Cass .crim 19 sept. 2007 et 23 mai 2007).

Le principe d'égalité peut (cass. crim 23 mai 2007) désormais permettre de combler certains vides de la réglementation posée par le code des marchés publics. Pas à pas la jurisprudence communautaire (issue de la directive n° 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992) va s'imposer. Peut importe l'intention d'avantager : la seule violation d'une disposition du code en connaissance de cause caractérise l'infraction.

Autre « tendance » : le recours volontaire à la procédure d'appel d'offre, en dehors des cas où elle est obligatoire, ne saurait faire disparaître le délit de favoritisme. La cour de cassation a affirmé là une jurisprudence administrative, en l'occurrence la nécessité d'affirmer une règle claire aux concurrents et de ne pas la changer en cours de consultation. (Cass. Crim. 15 mai 2008)

Les « services techniques » peuvent parfois être curieusement « en phase avec l'attributaire » (Cass. Crim 25 juin 2008). Les tribunaux sont très attentifs au recours abusif au marché négocié après plusieurs offres infructueuses parce qu'irréalistes...

(Cass. Crim 23 mai 2007) ou à l'utilisation des marchés à bons de commandes lorsque le rythme et l'étendue des besoins peuvent être entièrement définis par le marché. (CA Nîmes, 7 sept.2006)

IV - Les appropriations frauduleuses

1- L'escroquerie :

Art 313-1 du CP : L'escroquerie est le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manoeuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge.

L'escroquerie est punie de 5ans d'emprisonnement et de 375 000 € d'amende.

Les peines de l'escroquerie sont portées à 7 ans (art 313-2 du CP) si l'infraction est réalisée :

- *Par une personne dépositaire de l'autorité publique.*
- *Par une personne qui prend indûment la qualité d'une personne dépositaire de l'autorité publique.*
- *Par une personne qui fait un appel public en vue de l'émission de titres ou de la collecte de fonds à des fins d'entraide humanitaire ou sociale.*
- *Au préjudice d'une personne vulnérable*

Retenir :

Etablir faux nom, fausse qualité, ou bien manoeuvre frauduleuse (le simple mensonge ne suffit pas), par exemple, mise en scène, intervention d'un tiers, usage de faux documents.

Quelques exemples d'escroquerie :

Carambouille (fausse société)

Par usage de fausse carte bancaire

2- L'abus de confiance :

Art 314-1 du CP : L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs, ou un bien quelconque qui lui ont été remis, et qu'elle a acceptés, à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé.

L'abus de confiance est puni de 3 ans d'emprisonnement et de 375 000 € d'amende.

L'abus de confiance est aggravé (art 314-2 du CP) – 7 ans de prison et 750 000 € d'amende- lorsqu'il est commis sur des personnes vulnérables ou pour le compte d'une entreprise commerciale, ou par un professionnel qui dans le cadre de ses fonctions recueille des biens ou des valeurs, ou au préjudice d'une association recueillant des fonds à vocation humanitaire.

La peine est portée à 10 ans (art 314-3 du CP) et 1 500 000 € d'amende si l'auteur est mandataire de justice ou officier public ou ministériel dans l'exercice de ses fonctions.

3- L'organisation frauduleuse de l'insolvabilité :

Art 314-7 du CP : Le fait, par un débiteur, même avant la décision judiciaire constatant sa dette, d'organiser ou d'aggraver son insolvabilité soit en augmentant le passif ou en diminuant l'actif de son patrimoine, soit en diminuant ou dissimulant tout ou partie de ses revenus, soit en dissimulant certains de ses biens en vue de se soustraire à l'exécution d'une condamnation de nature patrimoniale prononcée par une juridiction répressive ou, en matière délictuelle, quasi délictuelle ou d'aliments, prononcée par une juridiction civile, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende.

4- La concussion :

Art 432-10 du CP : Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, de recevoir, exiger ou ordonner de percevoir à titre de droits ou contribution, impôts ou taxes publics, une somme qu'elle sait ne pas être due, ou excéder ce qui est dû, est puni de 5 ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende.

La tentative est punissable.