

INTERMEDIATION ET DROIT PENAL

Guillaume BEAUSSONIE

Professeur à l'Université Toulouse 1-Capitole,

Codirecteur de l'ICRM et du M2 DPAPP

IEJUC

Une approche de droit pénal, en la matière, n'est pas inutile à au moins deux égards : d'abord, ce droit est partout et, à l'analyse, il est effectivement dans l'intermédiation ; ensuite, ici comme ailleurs, il contribue à révéler l'essence d'une institution.

« Intermédiation » : mes dictionnaires préférés, qui répugnent bien souvent à l'anglicisme, ne connaissent pas. Mais il paraît évident que cela renvoie à l'action, à la fonction, voire à la profession des « intermédiaires ».

Un « intermédiaire », me disent cette fois mes dictionnaires, est une « personne qui sert de lien entre plusieurs autres, qui les met en rapport ».

Pourquoi, en droit, recourt-on à un intermédiaire ? Tous les autres intervenants, en raison de leur domaine de compétence, sont plus capables que moi de répondre à cette question et la plupart d'entre eux, tous en vérité, l'ont d'ailleurs déjà fait. Mais il me semble pouvoir avancer sans grand danger que l'intermédiaire est celui avec qui l'on crée un lien pour, qu'à son tour, il en crée un pour notre compte, et éventuellement en notre nom, avec des personnes auxquelles il a plus aisément accès que nous.

Aussi n'est-il pas étonnant que les terrains d'élection de l'intermédiation soient, à la fois, ceux auxquels nous sommes tous inéluctablement confrontés, mais dont la technicité et peut-être aussi l'enjeu nous font préférer de ne pas y être confrontés seuls : immobilier, assurance, finance etc.

Je vous rassure tout de suite : je n'ignore pas qu'il existe une sorte de second niveau de l'intermédiation, au sein duquel l'intermédiaire met en relation des personnes qui ne sont, au départ, pas des profanes ou pas tout à fait. Mais enfin, si elles y ont recours, c'est sans doute que cet intermédiaire fait quelque chose qu'elle n'aurait pas été capable de faire, ou, tout au moins, de faire aussi bien.

*

Quelle est la place du droit pénal dans ce phénomène ?

Faire le gendarme, bien sûr, ce qui, dans tant la situation impliquée par l'intermédiation que dans celle qu'elle génère, peut se concevoir de différentes façons.

En premier lieu, il y a des liens qu'on n'a pas le droit de créer, par exemple celui entre le client d'un ou une prostitué(e) et celui ou celle qui fait de son corps (et sans doute de son âme...) un objet mercantile. Les intermédiaires sont alors plus délinquants que ceux qu'ils mettent en relation, la prostitution n'étant pas une infraction, seul le proxénétisme étant incriminé (art. 225-5 et s. CP). Quant au client, longtemps impuni, c'est désormais son habitude à recourir à la prostitution qui lui fait encourir une amende de 3750 euros (art. 225-12-1 CP).

De façon plus générale, celui qui « fait office d'intermédiaire » afin de transmettre une chose en sachant qu'elle provient d'un crime ou d'un délit se rend coupable d'un recel (art. 321-1 CP). C'est un peu la

même chose pour celui qui, par son intermédiaire, permet de dissimuler l'origine frauduleuse d'un bien ou d'une fortune ; c'est ce qu'on appelle le blanchiment (art. 324-1 CP).

Et l'on peut également faire entrer dans cette catégorie ceux qui, par leur intervention, mettent en relation vendeurs de stupéfiants et consommateurs (art. 222-34 et s. CP).

En deuxième lieu, il y a des façons de créer des liens qui sont interdits, par exemple parce que l'on incite ou cède à la partialité, afin qu'un agent public prenne une décision qui devrait être objective mais ne le sera pas (corruption au sens large : v. livre IV CP).

Plus généralement, là encore, le fait d'inciter une personne, par exemple un intermédiaire, à commettre une infraction, est interdit car il s'agit de ce qu'on appelle la complicité, à la condition néanmoins que l'intermédiaire soit passé à l'acte (art. 121-6 et 121-7 CP). Dans certains cas, cependant, le fait que l'intermédiaire ne soit pas passé à l'acte n'empêche pas la sanction de l'instigateur ; c'est ce qu'on appelle, communément, le mandat criminel, que le législateur a incriminé spécifiquement en 2004 après que le juge a refusé d'y percevoir une hypothèse de complicité.

*

En dernier lieu, il y a des liens que l'on peut créer, mais pas n'importe comment, de sorte que l'on confie ce rôle à des personnes pourvues d'une certaine qualité. Et l'on en vient, sans doute, enfin, à ce qui nous intéresse aujourd'hui.

Le droit pénal, en effet, encadre le recours aux intermédiaires professionnels – appelons-les ainsi par facilité – d'au moins deux façons : d'abord, en veillant à ce que chacun ait bien la qualité nécessaire ; ensuite en veillant à ce que tous exercent sa fonction dans l'intérêt de ceux qui les sollicitent.

Le droit consécutivement construit est un ensemble de règles spéciales, propres à chacune des formes d'intermédiation concernées mais, en vérité, il ne représente qu'un aménagement des grands impératifs plus généraux déjà contenus au sein même du code pénal.

Car, à travers ces règles, il ne s'agit finalement que d'éviter qu'une personne soit trompée ou abusée par un intermédiaire auquel elle s'est adressée, autrement dit de prévenir une escroquerie ou un abus de confiance.

Je vous propose, en conséquence, de voir, en premier lieu, l'esprit général des règles pénales encadrant l'intermédiation (**I**) avant d'étudier, en second lieu, le corps spécifique qu'elles forment (**II**).

I. L'esprit général des règles pénales encadrant l'intermédiation

Sans entrer encore dans la spécificité des règles propres à chaque type d'intermédiaires, il apparaît que les activités frauduleuses des professionnels de l'intermédiation sont parfois réprimées par l'entremise de qualifications générales ; deux essentiellement : l'escroquerie et l'abus de confiance.

C'est, qu'en effet, l'intermédiaire qui se présente comme tel sans l'être réellement, le fait pour obtenir une contrepartie de la part de celui qu'il trompe. En cela n'est-il rien d'autre qu'une forme d'escroc au sens de l'article 313-1 du code pénal.

De même, l'intermédiaire, réel cette fois, mais qui tire un profit personnel de la remise d'au moins une partie de la contrepartie avant d'avoir exécuté sa mission, commet un abus de confiance au sens de l'article 314-1 du code pénal.

C'est pourquoi, sans surprise, ces deux incriminations sont aptes à encadrer les activités des intermédiaires (**A**), même si, en raison de leur généralité, elles demeurent insuffisantes à régir certains aspects de la délinquance de ces agents (**B**).

A. L'aptitude des qualifications générales à encadrer l'intermédiation

L'article 313-1 du code pénal incrimine, au titre de l'escroquerie, « le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale 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 ».

Cette fausse qualité déterminante d'une remise fallacieuse peut évidemment être celle d'intermédiaire, la notion de « qualité » désignant notamment une profession plus prétendue que réelle. Ainsi ont pu être condamnés de faux courtiers ou de faux démarcheurs et, plus généralement, tous les faux mandataires.

De ce point de vue, d'ailleurs, selon la jurisprudence, il y a tout autant usage de fausse qualité à se prétendre faussement mandataire, qu'à, en étant mandaté pour un ou plusieurs actes déterminés, se prétendre mandaté pour d'autres actes ou par d'autres personnes¹. On peut aussi, alors, considérer qu'il s'agit là d'abuser d'une qualité vraie, autre forme de tromperie sanctionnée par le texte et également applicable aux intermédiaires.

Par exemple, a été reconnu coupable d'une escroquerie le courtier en assurances qui insère dans un contrat une clause de garantie spéciale, non portée à la connaissance de sa compagnie, et qui perçoit de la sorte des surprimes².

À noter que, toujours sur le fondement de cette qualification, mais pour finir sur ce point, celui qui, par exemple, produirait la fausse facture d'un mandataire, que celui-ci soit réel ou fictif, afin d'obtenir une remise de fonds indus serait tout aussi coupable d'escroquerie, l'ensemble de telles démarches représentant ce qu'on appelle des manœuvres frauduleuses.

De même, la remise peut être indirecte, c'est-à-dire passer par des intermédiaires.

*

L'article 314-1 du code pénal incrimine, au titre de l'abus de confiance, « 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 ».

Celui à qui ont été confiés, notamment des fonds, pour une raison précise, peut, là encore, être un intermédiaire, qu'une telle détention précaire de l'argent d'autrui pourrait tenter de les utiliser à des fins personnelles. Le contrat de mandat est, d'ailleurs, l'un des terrains privilégiés de l'abus de confiance, tant et si bien que les exemples de tels abus réprimés sont vraiment très nombreux. Aujourd'hui, au surplus, peu importe la qualification du contrat.

Ainsi pu être condamné le conseiller en placements au sein d'une banque qui a détourné des sommes d'argent qui lui ont été confiées par les clients de la banque pour effectuer des placements³. Je vous rappelle aussi que l'abus de confiance a représenté le fondement de la condamnation notoire de Monsieur Kerviel, reconnu coupable pour avoir passé sciemment et à l'insu de son employeur sur les marchés des ordres d'un montant exorbitant dépourvus de toute couverture, faisant ainsi courir à la Société générale des risques considérables et qui n'entraient pas dans l'exercice de son mandat⁴.

¹ V. par ex. Crim., 12 juill. 1866, *DP* 1867, 1, p. 44 (individu qui, ayant reçu la mission d'apurer les comptes d'une succession, s'était présenté mensongèrement comme ayant mandat de recouvrer des créances).

² Crim., 8 déc. 1965, *Gaz. Pal.* 1966, 1, p. 172.

³ Crim., 27 janv. 2010, n° 09-81.816.

⁴ Crim., 19 mars 2014, n° 12-87.416.

Comme on le constate, les qualifications générales d'escroquerie et d'abus de confiance permettent donc, déjà, d'encadrer assez largement les activités d'intermédiation. Malgré cela, et en vertu de l'indispensable principe de légalité, qui impose à chaque incrimination un champ d'application le plus restreint qui soit, elles ne sont pas totalement infaillibles.

B. L'insuffisance des qualifications générales à encadrer l'intermédiation

L'escroquerie et l'abus de confiance sont, à l'instar de toutes les qualifications principales du code pénal, des modèles qu'il n'est pas interdit de décliner pour adapter la répression à des comportements propres à tel ou tel domaine. Il le faut d'autant plus que, parfois, ces incriminations révèlent leurs limites.

Soulignons, avant d'analyser ces dernières, que, même limités, les modèles demeurent aptes à saisir un grand nombre de comportements, n'étant parfois écartés que parce que leur lettre s'avère moins précise qu'une autre par une application courante, bien que non affirmée, du principe de spécialité.

Et même, à l'inverse, à défaut d'incrimination spécifique, seul ce droit pénal commun en quelque sorte (puisque l'on recherche le commun) peut s'appliquer aux comportements frauduleux des intermédiaires.

Surtout, l'existence de ces modèles et la parenté qu'ils entretiennent avec des incriminations plus spécifiques permettent de comprendre le sens de la répression en ces matières.

La pénalisation du droit des intermédiaires procède, en effet, de la nécessité de protéger les plus crédules et de préserver la confiance sans laquelle de telles fonctions, de telles professions, ne pourraient pas exister. Voilà sans doute, en quelque sorte, la cause du recours à l'intermédiation et la cause de son encadrement pénal.

Quelles sont néanmoins, en la matière, ces fameuses limites de l'escroquerie et de l'abus de confiance auxquelles nous faisons référence juste avant ?

Il en existe au moins deux, peut-être davantage, mais au moins deux principales.

L'escroquerie, en principe, ne peut prendre la forme d'un simple mensonge, la crédulité n'étant pas, de façon générale, préservée jusqu'à la naïveté. Or, il existe des menteurs habiles, dont l'intercession fallacieuse ne suffirait pas à constituer les manœuvres frauduleuses et, à travers elle, une escroquerie.

L'abus de confiance, de son côté, ne permet pas de réprimer celui dont la confiance a pris la forme d'un transfert de propriété au profit de l'intermédiaire. Malgré une jurisprudence hésitante depuis une dizaine d'années, la chambre criminelle de la Cour de cassation vient de réaffirmer le principe que « l'abus de confiance ne peut porter que sur des fonds, valeurs ou biens remis à titre précaire »⁵, c'est-à-dire que celui qui en a acquis la propriété, fût-ce de façon affectée, ne peut être reconnu coupable d'une telle infraction.

Cela n'empêche, en revanche, que le mandataire au sens strict, cette fois, en ce qu'il reste détenteur précaire des fonds qui lui sont confiés, demeure quant à lui coupable d'un abus de confiance lorsqu'il les détourne⁶.

En dehors de cette hypothèse, néanmoins, des règles spécifiques doivent être mises en œuvre, d'autant que d'autres aspects de l'intermédiation peuvent nécessiter une réglementation dont l'irrespect fait encourir une peine.

⁵ Crim. 5 avr. 2018, n° 17-81.085.

⁶ Crim. 16 mai 2018, n° 17-81.303, à propos d'un mandat consistant à acquérir pour le compte de clients des automobiles à l'étranger et d'acquitter les taxes nécessaires à leur mise en circulation en Polynésie française, le prévenu ayant frauduleusement employé les sommes remises à d'autres fins que celles prévues.

II. Le corps spécifique des règles pénales encadrant l'intermédiation

Chaque forme d'intermédiation comporte donc ses propres dispositions répressives, que celles-ci soient pénales ou, parfois et de plus en plus souvent, administratives.

Par exemple, l'article L. 514-2 du code des assurances dispose que « les infractions aux dispositions du chapitre II du titre Ier du livre V sont punies d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 6 000 euros, ou de l'une de ces deux peines seulement ». Il s'agit de veiller à ce que l'intermédiaire dispose d'une immatriculation, et respecte toutes les autres conditions d'accès et d'exercice d'une telle profession : honorabilité (ne pas avoir été condamné pour certaines infractions), capacité professionnelle (art. R. 512-8 et s.) et souscription tant d'une assurance de responsabilité civile que d'une garantie financière spécifique.

Autre exemple, en matière immobilière : la loi Hoguet, et son titre II consacré à « l'incapacité d'exercer des activités d'entremise et de gestion des immeubles et fonds de commerce » ainsi que son titre III relatif aux « sanctions pénales et administratives ». Dans ce dernier, est incriminé essentiellement le fait d'exercer sans la carte requise, mais aussi celui de recevoir certaines sommes d'argent indues ou encore celui de procéder à une publicité interdite.

Ajoutons que tous les professionnels qui précèdent sont également soumis au dispositif de prévention du blanchiment (art. L. 561-2 CMF ; art. 8-2 de la loi Hoguet) par renvoi aux articles L. 561-1 et suivants du code monétaire et financier.

Un dernier exemple peut alors être puisé, en restant dans ce code, dans son livre V relatif aux prestataires de services, le tout premier texte et le dernier titre (titre VII) de ce livre étant effectivement consacrés à des dispositions pénales.

Le premier texte, l'article L. 500-1, définit lui aussi une incapacité à l'exercice de la fonction ou de la profession de prestataire de service, dont l'irrespect est sanctionné pénalement (et doublement : art. L. 570-1 et L. 570-2).

Le dernier titre, plutôt substantiel, distingue les dispositions pénales selon les prestations fournies. Pour ne retenir que ce qui est susceptible de nous intéresser, en ce qui concerne les prestataires de services bancaires et, en leur sein, puisque c'est ce que nous analysons aujourd'hui, les intermédiaires en opération de banque, se trouve notamment réprimée l'absence de mandat et de garantie financière spécifiques (art. L. 571-15 et L. 571-16).

Le titre s'achève sur des dispositions relatives à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement des activités terroristes qui complètent les précédentes (celles du titre qui précède).

Dans le titre VI, applicable finalement à tous les professionnels de l'intermédiation, sont définies toutes les obligations auxquelles sont assujettis ces derniers en matière de lutte contre le blanchiment : obligation de déclaration de certaines opérations au procureur de la République ; obligation de vigilance à l'égard de la clientèle et mesures consécutives à mettre en œuvre (politique intégrée de lutte) ; et obligation de déclaration et d'information au service TRACFIN.

Dans le titre VII, sont incriminées quelques formes d'irrespect en rapport avec ces obligations, essentiellement le fait de ne pas respecter l'interdiction de divulguer les informations ainsi échangées (art. L. 574-1), notamment de la part du service TRACFIN (art. L. 574-2).

*

Voilà pour l'essentiel. Comment, à partir de là et en considération de ce qui précède, faire la synthèse de ces règles spécifiques qui encadrent l'intermédiation ?

Il y a, pour faire simple, des règles qui prémunissent contre la tromperie et d'autres qui préservent de l'abus éventuellement commis par les intermédiaires. Le droit pénal veille, de la sorte, à ce que l'intermédiaire en soit vraiment un **(A)** et à ce qu'il soit honnête **(B)**.

A. Un véritable intermédiaire

En complément de l'escroquerie, des règles spécifiques ont ainsi pour objet de réprimer celui qui, se prétendant intermédiaire, n'a pas ou n'a plus le droit de se dire tel.

C'est la nécessité, d'abord, d'une immatriculation dont l'objet est, à la fois, de justifier d'une aptitude professionnelle et d'une garantie financière suffisante.

C'est la nécessité, ensuite, de ne pas avoir été privé de la capacité d'exercer la fonction ou la profession concernée, soit pour des raisons pénales (condamnation antérieure), soit pour des raisons commerciales (ex. : faillite personnelle).

C'est, enfin, la nécessité de ne pas procéder à ce que l'on appelle aujourd'hui, de façon générale, des pratiques commerciales interdites (art. L. 121-1 c. conso et s.) et que certaines législations précisent. Par exemple, la loi Hoguet punit d'une peine d'amende prévue pour les contraventions de la 5^e classe le fait d'effectuer une publicité pour une opération immobilière sans mentionner un statut d'agent commercial (art. 17-2).

Il existe même, en la matière, des dispositions encore plus précises, par exemple l'arrêté du 29 juin 1990 relatif à la publicité des prix pratiqués par des professionnels intervenant dans les transactions immobilières, en vertu duquel, « lorsque les prix des prestations d'un professionnel, qui met en relation acquéreurs et vendeurs de biens immobiliers, sont fixés proportionnellement à la valeur du bien vendu, l'affichage [...] doit indiquer le ou les pourcentages prélevés, en précisant, le cas échéant, les tranches de prix correspondantes, et faire apparaître tous les éléments auxquels se rapportent ces pourcentages » (art. 3). Ce texte n'a pas été jugé par la Cour de cassation contraire à la règle selon laquelle « tout vendeur de produit ou tout prestataire de services doit, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix, les limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle et les conditions particulières de la vente »⁷.

Mais n'a-t-on pas déjà, avec ces derniers exemples, basculé dans la question de l'honnêteté ?

B. Un honnête intermédiaire

C'est, bien évidemment, dans la manipulation du bien d'autrui, et la plupart du temps, de son argent, que se révèle le plus le caractère de l'intermédiaire. Aussi lui impose-t-on de faire preuve dans cette appréhension, à la fois, de transparence et de probité.

La transparence renvoie bien sûr aux différentes obligations en matière de lutte contre le blanchiment. Mais attention : l'intermédiaire n'y apparaît pas tant comme celui qui doit être transparent, que comme celui qui rappelle à ses clients qu'eux doivent l'être. Les déclarations à effectuer concernent, en effet, l'argent de ces derniers. Aussi l'intermédiaire est-il aussi, à sa façon, un intermédiaire dans la lutte anti-blanchiment !

L'intermédiaire n'en doit pas moins accepter de subir différents contrôles, faute de quoi il commet une infraction. Par exemple, l'article de 17 la loi Hoguet dispose qu'« est puni de six mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende le fait de mettre obstacle à l'exercice de la mission des agents publics chargés du contrôle en refusant de leur communiquer les documents réclamés, notamment les documents bancaires ou comptables ainsi que les mandats écrits ».

⁷ Crim. 4 juin 2013, n° 12-85688, à propos des art. L. 113-3 et R. 113-1 c. conso.

La probité, pour finir, renvoie à la nécessité de ne pas demander plus d'argent à autrui qu'il n'est autorisé et à utiliser l'argent reçu en conformité avec son affectation. On a vu, à cet égard, que l'abus de confiance nécessitait d'être suppléé.

Encore et toujours dans la loi Hoguet (l'immobilier prime : nous sommes à l'IEJUC !), l'article 16 punit ainsi « de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende le fait : 1° De recevoir ou de détenir, à quelque titre et de quelque manière que ce soit, à l'occasion d'opérations visées à l'article 1^{er}, des sommes d'argent, biens, effets ou valeurs quelconques : a) Soit en violation de l'article 3 (sans carte professionnelle) ; b) Soit en violation des conditions prévues par l'article 5 pour la tenue des documents et la délivrance des reçus lorsque ces documents et reçus sont légalement requis ; 2° D'exiger ou d'accepter des sommes d'argent, biens, effets, ou valeurs quelconques, en infraction aux dispositions de l'article 6 (conditions pour appréhension de tels biens) ».

*

Pour conclure, ce que le droit pénal révèle peut-être de l'intermédiation, c'est que la recherche de liens que caractérise notre société de services, par l'éloignement qu'il suscite d'un producteur et d'un consommateur, ne doit pas aller sans un encadrement suffisant de tous ceux dont, parce qu'ils sont les représentants d'un intérêt qui n'est pas le leur, on doit s'assurer de la fiabilité et de l'honnêteté. Certains ont même parlé, ce matin, d'impartialité. C'est la condition indispensable pour que le lien intermédiaire ne rompe pas le lien final, celui qu'on a précisément cherché à tisser en faisant appel à l'intermédiation.

Finalement, comme le droit pénal permet de mieux savoir ce qu'est un intermédiaire, l'intermédiaire permet de mieux savoir ce que soit être un professionnel.