

TOULOUSE
CAPITOLE
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

Chronique de droit pénal des affaires

BEAUSSONIE GUILLAUME

Référence de publication : Beaussonie, Guillaume, « Chronique de droit pénal des affaires », *Revue de jurisprudence commerciale*, 2020, n° 4, p. 350-357. [Note de jurisprudence]

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications, contacter portail-publi@ut-capitole.fr

Chronique de droit pénal des affaires

En dehors du code pénal, se rattachent au droit pénal des affaires la plupart des incriminations du code de commerce (I), du code monétaire et financier, du code de la construction et de l'habitation, du code de la propriété intellectuelle, du code général des impôts (II), du code des douanes, du code de l'urbanisme, du code de la consommation (III) et du code électoral.

I - Le code de commerce

- ❶ Cass. crim., 30 janvier 2019, pourvoi n° 17-85.304¹
- ❷ Cass. crim., 25 septembre 2019, pourvoi n° 18-83.113²
- ❸ Cass. crim., 20 novembre 2019, pourvoi n° 18-82.277³

L'abus de biens sociaux est et demeure l'infraction la plus importante du code de commerce. L'actualité le démontre une fois de plus, même si aucune décision ne consacre véritablement de nouveauté en la matière.

Ainsi, d'abord, dans un arrêt rendu le 30 janvier 2019, il était question du gérant d'une société qui avait procédé à des dépenses somptuaires et, notamment, acquis quelques 9 000

1 - J.-H. Robert, note in *Dr. pén.* 2019, comm. 52 ; R. Salomon, note in *Dr. soc.* 2019, comm. 57.

2 - J.-H. Robert, note in *Dr. pén.* 2019, comm. 188.

3 - R. Salomon, note in *Dr. soc.* 2020, comm. 14.

bouteilles de champagne. Alors qu'il prétendait avoir acheté ces bouteilles afin de les offrir à la clientèle et aux salariés de la société, il apparaissait que tel n'était pas le cas, ou de façon très marginale en considération du nombre concerné. Saisie d'un pourvoi à cet égard, la chambre criminelle de la Cour de cassation considérait qu'« en l'absence de justification de leur caractère social, les dépenses de réception et de cadeaux d'affaire engagées en l'espèce par le gérant de la société [...], au moyen de fonds sociaux, l'[avaient] nécessairement été dans son intérêt personnel ». Il est loin d'être inédit que ce dernier intérêt, dont la preuve semble pourtant indispensable à discriminer celui qui a maladroitement géré la société de celui qui l'a gérée frauduleusement, soit présumé de la sorte, en l'occurrence en raison de l'ampleur de la dépense. Mais cette ampleur, précisément, rendait aussi invraisemblable qu'il ait acquis les bouteilles pour les consommer seul, fût-ce avec son épouse. Car elle aussi était condamnée pour recel, ce qui est plus original, car elle avait « bénéficié, en connaissance de cause, du train de vie de son époux permis par les faits d'abus de biens sociaux dont ce dernier [avait] été reconnu coupable ». En effet, l'enquête avait révélé qu'elle avait été bénéficiaire, « au moins en partie, des achats effectués en matières de séjours, champagne, vêtements ; que [...], également associée de la société, [elle] était surtout responsable administratif et financier[...] ; que dès lors elle ne saurait utilement prétendre qu'elle n'[avait] pas eu connaissance de ce que les achats susmentionnés, considérés comme constitutifs d'abus de biens sociaux étaient passés dans la comptabilité de la société ».

Ensuite, dans un arrêt rendu le 25 septembre 2019, il était question du président du directoire d'une société par actions simplifiée (SAS) qui avait signé deux règlements de retraite sur-complémentaire dont les dispositions lui étaient

particulièrement favorables, sans avoir obtenu préalablement l'autorisation du conseil de surveillance alors qu'il s'agissait de conventions réglementées, et qui avait organisé son licenciement de façon tout aussi favorable (montant de 4 473 000 euros, avance sur indemnité de 1 580 000 euros), sans que cette convention réglementée n'ait non plus fait l'objet d'un accord préalable du conseil de surveillance, en violation de l'article 10 de son règlement intérieur et des articles L. 225-86 et L. 225-88 du code de commerce. Au surplus, les conséquences financières détaillées et personnelles qu'une telle intégration entraînait pour la société avaient été occultées par lui. Le problème résidait alors dans l'applicabilité, non pas des règles qui incriminent l'abus de biens sociaux aux sociétés par actions simplifiées (cf. art. L. 244-1 c. com.), mais des règles qui subordonnent la conclusion des conventions réglementées à une autorisation du conseil de surveillance à de telles sociétés. Puisque l'irrespect de ces dernières représentait le support de la condamnation en vertu des premières, la réponse était d'importance. La chambre criminelle de la Cour de cassation, à cet égard, s'est contentée d'affirmer que « *d'une part, l'octroi au dirigeant du bénéfice d'un plan de sauvegarde pour l'emploi ou d'un dispositif de départ anticipé à la retraite mis en place par la société correspond à une convention réglementée, soumise aux dispositions des articles L. 225-86 et L. 225-88 du code de commerce, d'autre part, l'article L. 244-1 du code de commerce prévoit que les articles L. 242-1 à L. 242-6, L. 242-8, L. 242-17 à L. 242-24 du même code s'appliquent aux sociétés par actions simplifiées et que les peines prévues pour le président, les administrateurs ou les directeurs généraux des sociétés anonymes sont applicables au président et aux dirigeants des sociétés par actions simplifiées* ». C'était concevable, mais assez peu démontré, voire peu vraisemblable. À quoi bon, en effet, appliquer de façon générale les règles propres aux sociétés anonymes, comme l'article 1^{er} des statuts de la société concernée – seule norme utilisée par les juges du fond pour justifier leur décision – paraissait l'indiquer, tout en demeurant une société par actions simplifiée ? Cela était d'autant plus discutable que, on l'a dit, les juges se sont contentés de l'irrespect des règles commerciales pour en déduire l'irrespect des règles pénales. Il aurait fallu montrer en quoi ces irrégularités et leurs conséquences s'étaient avérées contraires à l'intérêt de la société, ce qui n'était pas impossible, mais n'a pas été fait.

Un arrêt rendu le 20 novembre 2019 par la chambre criminelle de la Cour de cassation,

enfin, démontre que, en la matière, il existe quand même certaines exigences pour qu'il y ait condamnation. Est ainsi censuré un arrêt qui n'avait pas caractérisé « *que le dirigeant social avait soit pris un intérêt direct ou indirect dans le règlement des factures fictives soit favorisé une autre société ou entreprise dans laquelle il était intéressé directement ou indirectement* ». En l'espèce, si le caractère fictif des factures ne faisait aucun doute, il n'avait pas été établi que le dirigeant mis en cause y avait trouvé un intérêt, serait-il indirect, et notamment qu'il existait un lien entre lui et des sociétés qui avaient bénéficié de l'opération. À suivre après renvoi !

II - Le code général des impôts

☛ Cons. const., 27 septembre 2019, décision n° 2019-804 QPC⁴

☛ Cass. crim., 11 septembre 2019, pourvoi n° 18-81.040

☛ Cass. crim., 11 septembre 2019, pourvoi n° 18-81.067

☛ Cass. crim., 11 septembre 2019, pourvoi n° 18-81.980

☛ Cass. crim., 11 septembre 2019, pourvoi n° 18-82.430

☛ Cass. crim., 11 septembre 2019, pourvoi n° 18-83.484

☛ Cass. crim., 11 septembre 2019, pourvoi n° 18-84.144⁵

☛ Cass. crim., 23 octobre 2019, pourvoi n° 18-85.088

Les sanctions pénales en matière de fraude fiscale sont puissantes, aujourd'hui, car elles ont vocation à se combiner tant avec les sanctions pénales d'un blanchiment consécutif qu'avec les sanctions fiscales d'un manquement corrélatif. Assez paradoxalement, sauf à y voir un signe des temps, l'appréhension européenne et constitutionnelle de cet arsenal s'avère moins garantiste qu'à l'ordinaire.

En ce qui concerne les liens entre fraude fiscale et blanchiment, différents arrêts ont déjà

4 - V. R. Salomon, note in *Dr. fisc.* 2020, étude 131.

5 - Sur les six arrêts du 11 septembre, v. S. Detraz et E. Dezeuze, note et comm. in *JCP G* 2019, 1086.

été étudiés⁶. Soulignons simplement que la possibilité, concédée par le juge, de contourner le « verrou de Bercy » en poursuivant une personne pour autoblanchiment du produit issu d'une fraude fiscale plutôt que pour fraude fiscale⁷ a, sans doute, encouragé le législateur à réformer ledit verrou. Ainsi, la loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude a-t-elle modifié l'article 228 du livre des procédures fiscales, de sorte qu'il faut désormais distinguer les hypothèses dans lesquelles l'administration est tenue de dénoncer au procureur de la République certains manquements fiscaux, l'action publique pour l'application des sanctions pénales s'exerçant alors sans plainte préalable de l'administration (plus de verrou), de celles dans lesquelles une telle plainte doit encore être déposée après avis conforme de la commission des infractions fiscales (verrou), sauf « *lorsqu'il existe des présomptions caractérisées qu'une infraction fiscale a été commise pour laquelle existe un risque de déperissement des preuves et qui résulte* » de l'une des circonstances qui aggravent les peines encourues en matière de fraude fiscale (verrou allégé). Les critères qui permettent de différencier ces procédures sont le montant des droits et de la majoration qui leur a été appliquée ainsi que les moyens employés pour opérer le manquement.

Percevant ce nouveau système comme instaurant des différences de traitement inconstitutionnelles, une association d'entreprises pose une question prioritaire de constitutionnalité à cet égard, qui conduisit le Conseil constitutionnel à rendre une décision le 27 septembre 2019. Selon la requérante, « *en premier lieu, [serait] injustifiée la distinction établie entre les contribuables pour lesquels l'administration est tenue de dénoncer au procureur de la République des faits susceptibles de caractériser le délit de fraude fiscale et les autres contribuables. En deuxième lieu, en prévoyant que cette dénonciation, qui ne requiert pas l'avis conforme de la commission des infractions fiscales, dépend de l'application par l'administration de certaines pénalités fiscales, ces dispositions subordonneraient le bénéfice de la garantie que constitue cet avis à l'appréciation*

discrétionnaire de l'administration. En troisième lieu, en retenant également, comme critère de dénonciation obligatoire, le montant des droits éludés, elles établiraient une différence de traitement injustifiée entre les sociétés bénéficiaires et déficitaires. En dernier lieu, une autre différence de traitement inconstitutionnelle serait établie entre les sociétés contribuables ayant fait l'objet d'une majoration de 40 % en situation de réitération, selon qu'elles appartiennent ou non à un groupe fiscalement intégré. Il en résulterait une méconnaissance des principes d'égalité devant la loi et devant la procédure pénale. Par ailleurs, l'association requérante dénon[çait] une méconnaissance du principe de personnalité des peines ».

Le Conseil constitutionnel a considéré, quant à lui, que les dispositions litigieuses ne portaient pas atteinte à la Constitution. À cette fin, il a d'abord rappelé que la dénonciation obligatoire ne concernait que les faits les plus graves de fraude fiscale dont avait connaissance l'administration : ceux pour lesquels les droits éludés sont supérieurs à 100 000 euros et qui sont assortis de l'une des pénalités prévues dans les cas d'opposition à contrôle fiscal, de découverte d'une activité occulte faisant suite à une omission déclarative, d'abus de droit ou de manœuvres frauduleuses constatés au titre d'une insuffisance de déclaration, de rectification à raison du défaut de déclaration d'avoirs financiers détenus à l'étranger, de taxation forfaitaire à partir des éléments du train de vie en lien avec des trafics illicites ou, en cas de réitération, de défaut de déclaration dans les trente jours suivant la réception d'une mise en demeure, de manquement délibéré ou d'abus de droit, dans l'hypothèse où le contribuable n'a pas eu l'initiative principale de cet abus ou n'en a pas été le principal bénéficiaire. Selon lui, « *ces critères, objectifs et rationnels, sont en lien avec le but poursuivi par le législateur* ». Ensuite, le Conseil a précisé que « *l'administration [était] soumise, pour l'application des pénalités fiscales correspondant aux agissements précités, au respect des principes de légalité et d'égalité* ». Enfin, les « Sages » ont constaté que, « *d'une part, les sociétés contribuables dont le résultat apparaît bénéficiaire [n'étaient] pas dans la même situation que celles déficitaires dont les manquements ne causent pas de préjudice financier au Trésor public, [...] ces manquements n'entr[ant] pas dans les catégories retenues par le législateur pour définir les cas de fraude fiscale les plus graves appelant une transmission automatique au parquet* », et que, « *d'autre part, le caractère réitéré des manquements des contribuables faisant l'objet d'une majoration de 40 % pour certaines omissions ou insuffisances déclaratives ne pouvant être établi*

6 - V., *supra*, la plupart des arrêts étudiés in I, B, 2.

7 - Cass. crim., 20 févr. 2008, pourvoi n° 07-82.977, *Bull. crim.* 2008, n° 43 ; *D.* 2008. 1585, note C. Cutajar. V. aussi, à propos de l'absence d'inconstitutionnalité de cette position : Cass. crim., 25 mars 2015, pourvoi n° 14-85.251 ; Cass. crim., 27 mars 2018, pourvoi n° 16-87.585. À noter que le verrou avait, en lui-même, été considéré comme constitutionnel : Cons. const., 22 juill. 2016, n° 2016-555 QPC.

qu'à l'égard d'un même contribuable, les sociétés membres d'un groupe fiscalement intégré, au sein duquel chaque société demeure contribuable, [n'étaient] pas traitées différemment des autres sociétés ». « Par ailleurs », a ajouté le Conseil constitutionnel, « dès lors que les dispositions contestées instituent un mécanisme de dénonciation de plein droit au procureur de la République, l'absence d'avis conforme de la commission des infractions fiscales, qui a pour objet de filtrer parmi les dossiers transmis par l'administration ceux justifiant effectivement des poursuites pénales, ne priv[ait] les contribuables d'aucune garantie ».

Cette décision n'est pas très surprenante mais, en un sens, assez décevante. Qu'il faille traiter de façon similaire des personnes placées dans une situation similaire et que la gravité autorise moins de garanties à l'égard des fraudeurs, nul ne le contestera. Mais il semble, à cet égard, que le Conseil n'ait pas vraiment effectué le contrôle qui lui était demandé, en n'examinant pas certaines distinctions qui lui étaient révélées par la requérante. De plus, évaluer la question des pouvoirs reconnus à l'administration qui, par son appréciation, aujourd'hui encore plus qu'hier, détermine finalement ce qui sera dénoncé ou pas ne saurait suffire à convaincre, ce d'autant que la soumettre au respect du principe de légalité semble induire que les sanctions fiscales ont « le caractère d'une punition » et, partant, qu'elles devraient se suffire à elles-mêmes. Mais c'est déjà aborder le problème suivant.

Car, en ce qui concerne les liens entre sanctions fiscales et sanctions pénales, des décisions importantes ont également été rendues ces derniers temps. Ainsi, le 24 juin 2016⁸, le Conseil constitutionnel a accepté d'examiner la possibilité de leur cumul résultant de la combinaison des articles 1729 et 1741 du code général des impôts, à l'aune de sa nouvelle jurisprudence qui prohibe une telle addition lorsque les sanctions concernées répriment les mêmes faits, ne sont pas d'une nature différente, relèvent du même ordre de juridiction et protègent les mêmes intérêts sociaux⁹. Il a d'abord décidé qu'aucune de ces sanctions n'était, en elle-

même, contraire à la Constitution, précisant seulement, à l'endroit des sanctions pénales, que « les dispositions contestées de l'article 1741 du code général des impôts ne sauraient, sans méconnaître le principe de nécessité des délits, permettre qu'un contribuable qui a été déchargé de l'impôt par une décision juridictionnelle devenue définitive pour un motif de fond puisse être condamné pour fraude fiscale ». Ensuite et surtout, à propos de l'application combinée des articles 1729 et 1741, ayant rappelé que la lutte contre la fraude fiscale représentait un objectif à valeur constitutionnelle, le Conseil constitutionnel a posé que ces dispositions « permettent d'assurer ensemble la protection des intérêts financiers de l'État ainsi que l'égalité devant l'impôt, en poursuivant des finalités communes, à la fois dissuasive et répressive. Le recouvrement de la nécessaire contribution publique et l'objectif de lutte contre la fraude fiscale justifient l'engagement de procédures complémentaires dans les cas de fraudes les plus graves ». Selon lui, « cette gravité peut résulter du montant des droits fraudés, de la nature des agissements de la personne poursuivie ou des circonstances de leur intervention » et, si cumul de sanctions il y a, « 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 ». Sous les quelques réserves et précisions ainsi énoncées, les dispositions contestées de l'article 1741 du code général des impôts ne seraient donc contraires à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit.

Cette position, pour surprenante qu'elle puisse paraître au regard du principe *Non bis in idem*, écarté de la sorte au profit d'une application exclusive du principe de proportionnalité, s'avère pourtant commune à toutes les juridictions fondamentales, la Cour de Strasbourg et la Cour de Luxembourg ayant rendu des décisions similaires¹⁰. La Cour européenne des droits de l'homme, par exemple, considère en ce sens que l'article 4 du Protocole n° 7, socle du principe *Non bis in idem*, « n'exclut pas la conduite de procédures mixtes, même jusqu'à leur terme, pourvu que certaines conditions soient remplies. En particulier, pour convaincre la Cour de l'absence de répétition de procès ou de peines (bis) proscrite

8 - Cons. const., 24 juin 2016, n° 2016-545 QPC et n° 2016-546 QPC, à propos de deux versions différentes de l'art. 1741 CGI. V. aussi, pour une autre version encore, Cons. const., 22 juill. 2016, n° 2016-556 QPC, et, pour une solution comparable à propos d'une omission déclarative, Cons. const., 23 nov. 2018, n° 2018-745 QPC.

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

10 - V. CEDH, 15 nov. 2016, *A et B c. Norvège*, n° 24130/11 et 29758/11 ; CEDH, 18 mai 2017, *Johannes-son et autres c. Islande*, n° 22007/11 ; CJUE, 20 mars 2018, *Menci*, aff. C-524/15 ; *Garlsson Real Estate e.a.*, aff. C-537/16 ; *Di Puma et Zecca*, aff. jointes, C-596/16 et C-597/16. V. nos obs à ce sujet : *RJ com.* 2018/5, p. 420 s.

par l'article 4 du Protocole n° 7, l'État défendeur doit établir de manière probante que les procédures mixtes en question étaient unies par un "lien matériel et temporel suffisamment étroit". Autrement dit, il doit être démontré que celles-ci se combinaient de manière à être intégrées dans un tout cohérent. Cela signifie non seulement que les buts poursuivis et les moyens utilisés pour y parvenir doivent être en substance complémentaires et présenter un lien temporel, mais aussi que les éventuelles conséquences découlant d'une telle organisation du traitement juridique du comportement en question doivent être proportionnées et prévisibles pour le justiciable »¹¹.

Saisie à son tour de la question, la chambre criminelle de la Cour de cassation a rendu pas moins de six arrêts le 11 septembre 2019, afin de formuler ses positions à l'aune de celles des juridictions précitées.

D'une part, dans la continuité des décisions du Conseil constitutionnel, la chambre criminelle a d'abord précisé ce qu'il fallait entendre par la réserve selon laquelle « les dispositions contestées de l'article 1741 du code général des impôts ne sauraient, sans méconnaître le principe de nécessité des délits, permettre qu'un contribuable qui a été déchargé de l'impôt par une décision juridictionnelle devenue définitive pour un motif de fond puisse être condamné pour fraude fiscale » (n° 18-81.980).

Ainsi, après avoir rappelé sa « jurisprudence constante », selon laquelle « la décision du juge de l'impôt n'a pas autorité de chose jugée à l'égard du juge pénal, de sorte que l'existence d'une décision du juge fiscal déchargeant le contribuable de toute imposition ne dispense pas le juge répressif de rechercher si ce prévenu s'est soustrait ou a tenté de se soustraire à l'établissement ou au paiement de l'impôt (en dernier lieu, *Crim.*, 13 juin 2012, pourvoi n° 11-84.092) », de quoi il « résulte que le juge pénal n'a pas à surseoir à statuer jusqu'à la décision définitive du juge de l'impôt (*Crim.*, 11 janvier 2006, pourvoi n° 05-82.674, *Bull. crim.* 2006, n° 16) », elle a considéré que « la jurisprudence prohibant tout sursis à statuer [devait] être infléchie pour limiter le risque de contrariété de décisions au regard de l'exigence posée par cette réserve », mais qu'il ne pouvait « en être déduit que le sursis à statuer [devait] être systématique en cas de saisine du juge de l'impôt ».

La chambre criminelle, qui avait jusque-là cherché à des décisions du juge de l'impôt sur celle du

limiter le plus possible les incidences juge pénal¹², a bien été obligée de reculer. Toutefois, elle n'en refuse pas moins le sursis systématique, et s'en justifie de façon détaillée :

« en premier lieu, la réserve d'interprétation n'empêche pas l'engagement des deux procédures, pénale et fiscale, l'autorité absolue de chose jugée s'attachant qu'à une décision juridictionnelle présentant un caractère définitif. Elle ne s'applique qu'en cas de décharge de l'imposition pour des raisons de fond, exclusives de tout motif de procédure » ; « en deuxième lieu, par application des articles 384 et 427 du code de procédure pénale notamment, le juge pénal conserve plénitude de juridiction et est tenu de statuer lui-même surtout question dont dépend l'application de la loi pénale » ; « en troisième lieu, ainsi que le juge le Conseil constitutionnel, eu égard à l'objectif de valeur constitutionnelle de lutte contre la fraude fiscale, la répression pénale, s'agissant des faits les plus graves, permet d'assurer, avec la répression fiscale, la protection des intérêts financiers de l'État ainsi que l'égalité devant l'impôt, en poursuivant des finalités communes, à la fois dissuasive et répressive » ; « en dernier lieu, selon les articles préliminaire du code de procédure pénale et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, le juge pénal doit toujours statuer dans un délai raisonnable ». D'où cette configuration, désormais : « Même lorsque le prévenu de fraude fiscale justifie de l'existence d'une procédure pendante devant le juge de l'impôt tendant à une décharge de l'imposition pour un motif de fond, le juge pénal n'est pas tenu de surseoir à statuer jusqu'à ce qu'une décision définitive du juge de l'impôt soit intervenue. Par exception, il peut prononcer, dans l'exercice de son pouvoir souverain, le sursis à statuer en cas de risque sérieux de contrariété de décisions, notamment en présence d'une décision non définitive déchargeant le prévenu de l'impôt pour un motif de fond. Dans tous les cas, le juge saisi d'une demande de sursis à statuer doit spécialement motiver sa décision ». En l'espèce, le sursis était inutile car il existait, eu égard à la redevabilité de l'impôt éludé et la responsabilité fiscale consécutive, une « communauté d'analyse » par le juge administratif, la commission départementale et la commission des infractions fiscales.

On le constate : si le principe du sursis est consacré, l'hostilité envers sa mise en œuvre demeure, ce qui, de bien des points de vue, apparaît contestable. Les risques de contrariété de décisions, notamment dans l'hypothèse, pas

11 - CEDH, 15 nov. 2016, *A et B c. Norvège*, préc., § 130.

12 - V. surtout Cass. crim., 22 févr. 2017, pourvoi n° 16-82.047, *Bull. crim.* 2017, n° 51 et Cass. crim., 28 juin 2017, pourvoi n° 16-81.149, *Bull. crim.* 2017, n° 183.

si exceptionnelle, où redevable de l'impôt et responsable de fraude fiscale ne sont pas les mêmes personnes, demeurent bien réels, alors qu'ils pourraient être évités par une position plus ferme.

Ensuite, dans plusieurs autres arrêts du même jour (n^{os} 18-81.040, 18-81.067 et 18-84.144), la chambre criminelle a donné des précisions à propos des comportements qu'il fallait percevoir comme suffisamment graves pour permettre de justifier un cumul entre les sanctions fiscales et les sanctions pénales. Un contrôle pourra alors être opéré, à la condition que « *le prévenu de fraude fiscale [ait préalablement justifié] de l'engagement à son encontre de poursuites fiscales pour les mêmes faits (Crim., 22 février 2017, pourvoi n^o 16-82.047, Bull. crim. 2017, n^o 51)* ».

Ceci posé, la Cour de cassation a également rappelé que, selon le Conseil constitutionnel, cette gravité pouvait résulter « *du montant des droits fraudés, de la nature des agissements de la personne poursuivie ou des circonstances de leur intervention* », les « Sages » ajoutant, en somme, des conditions à la condamnation pour fraude fiscale que la loi n'imposait pas. La chambre criminelle a bien été obligée de le constater :

« *les faits ne présentant pas le caractère de gravité suffisante ne peuvent donner lieu, en plus de la poursuite fiscale, à une condamnation pénale, puisque, dans ce cas, même si les éléments constitutifs de l'infraction, qui demeurent inchangés, sont réunis, les dispositions les réprimant ne sont pas applicables* ». Ce qui ne signifie pas pour autant, selon la Cour de cassation, que la gravité conditionne les poursuites (n^o 18-81.067), ce qui devient assez obscur.

Dès lors, ne s'agit-il pas surtout, fût-ce maladroitement, d'inciter les juges du fond à motiver davantage une condamnation pour fraude fiscale ? « *Si la gravité des faits est prise en considération par l'administration fiscale lorsqu'elle dépose plainte après avis conforme de la commission des infractions fiscales puis par le ministre public lorsqu'il décide d'engager les poursuites, il incombe à la juridiction de jugement, devant laquelle un débat contradictoire peut s'engager, de s'assurer de cette gravité* » disent aussi les juges du droit. « *Il s'en déduit* », concluent-ils, « *que l'applicabilité de l'article 1741 du code général des impôts suppose la vérification par le juge pénal de la caractérisation du délit reproché, puis de sa gravité suffisante* ». Le cas échéant, la chambre criminelle de la Cour de cassation pourra néanmoins s'en assurer elle-même (n^o 18-84.144).

Qu'est-ce qui est grave, précisément ? Les arrêts du 11 septembre 2019 permettent de commencer à concrétiser et à illustrer les exigences du Conseil constitutionnel à cet égard. Il ne peut s'agir de tirer les conséquences de « *l'absence de justification de l'origine des fonds placés et [du] comportement du prévenu postérieurement à la fraude* » (n^o 18-81.040). À l'inverse, la gravité peut être due au « *recours à des intermédiaires établis à l'étranger et au montant des droits éludés s'élevant à 235 580 euros* » (même arrêt) ou à 276 562 euros (n^o 18-84.144), « *à l'existence de manœuvres de dissimulation de sommes sujettes à l'impôt ayant consisté à transférer les fonds avec rapidité, avant toute approbation des associés de la SCI, sur les comptes de [la prévenue], puis sur le contrat d'assurance-vie souscrit à son nom* » (même arrêt), ou à « *la répétition de faits d'omission déclarative sur une longue période en dépit de plusieurs mises en demeure et à la qualité d'élu de la République de l'un d'entre eux* » (n^o 18-81.067).

De façon plus usuelle, enfin, la chambre criminelle de la Cour de cassation rappelle que « *si l'éventualité que deux procédures, pénale et fiscale, pour des faits de fraude fiscale soient engagées peut conduire à un cumul de sanctions, 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 (décisions n^{os} 2016-545 QPC et 2016-546 QPC du 24 juin 2016, n^o 2016-556 QPC du 22 juillet 2016 et n^o 2018-745 QPC du 23 novembre 2018)* ». Elle précise tout aussi classiquement que « *cette réserve ne peut concerner que des sanctions de même nature dès lors que sa mise en œuvre suppose, pour le juge qui se prononce en dernier, de pouvoir procéder à la comparaison des maximums des sanctions pénales et fiscales encourues afin de déterminer le montant le plus élevé qui constitue le plafond* », et en déduit « *que, lorsque le prévenu justifie avoir fait l'objet, à titre personnel, d'une sanction fiscale définitivement prononcée pour les mêmes faits, le juge pénal n'est tenu de veiller au respect de l'exigence de proportionnalité que s'il prononce une peine de même nature* » (n^{os} 18-81.067 et 18-82.430). Le contrôle s'avère d'autant plus aisé que, comme c'était le cas dans les deux arrêts concernés, aucune amende pénale n'avait été prononcée...

D'autre part et pour finir, dans la continuité des décisions rendues par la Cour européenne des droits de l'homme ou, plutôt, dans l'attente que celle-ci ait l'occasion de se prononcer sur la validité de la réserve française du principe *Non bis in idem* posé par l'article 4 du protocole additionnel n^o 7 à la Convention européenne des

droits de l'homme au contentieux pénal pur¹³, la chambre criminelle de la Cour de cassation n'a fait que persister dans son refus de trancher le problème elle-même. Ainsi s'est-elle contentée de rappeler que l'association de ce principe et de cette réserve « *n'interdit pas le prononcé de sanctions fiscales parallèlement aux peines infligées par le juge répressif (Crim., 20 juin 1996, pourvoi^o 94-85.796, Bull. crim. 1996, n^o 268 ; Crim., 4 juin 1998, pourvoi n^o 97-80.620, Bull. crim. 1998, n^o 186)* » (n^{os} 18-81.067 et 18-82.430) et, à l'issue d'une motivation il est vrai plus étoffée qu'à l'ordinaire, de valider la conclusion des juges du fond selon lesquels il n'était « *pas démontré que la réserve émise par la France, dont il [ne leur appartenait pas] d'apprécier la validité, ait été écartée par la Cour européenne des droits de l'homme* ».

Le débat était pourtant réel puisque, comme le rappelle la chambre criminelle, de telles réserves ont déjà pu être invalidées par la Cour de Strasbourg¹⁴ ; mais est-il pour autant pertinent, en ce sens que la position européenne n'est, à bien y réfléchir, pas si éloignée du droit positif français tel qu'il résulte des arrêts de la Cour de cassation rendus le 11 septembre 2019 et, préalablement, des décisions du Conseil constitutionnel. À suivre !

III - Le code de la consommation

- ❖ Cons. const., 14 juin 2019, décision n^o 2019-790QPC¹⁵
- ❖ Cass. crim., 29 janvier 2019, pourvoi n^o 17-84.366¹⁶
- ❖ Cass. crim., 19 mars 2019, pourvoi n^o 17-87.534¹⁷

Si la rédaction très alambiquée des « *pratiques commerciales trompeuses* » rendait inéluctable une saisine du Conseil constitutionnel, il était peu vraisemblable que son objet soit tout aussi alambiqué. Et pourtant, des requérants ont réussi à convaincre la Cour de cassation de transmettre à ce dernier une ques-

13 - Pour une occasion manquée, v. CEDH, 6 juin 2019, n^o 47342/14, *Nodet c. France*.

14 - V. CEDH, 23 oct. 1995, n^o 15963/90, *Gradinger c. Autriche* et CEDH, 4 mars 2014, n^{os} 18663/10, 18668/10 et 18698/10, *Grande Stevens et a. c. Italie*.

15 - J.-H. Robert, note in *Dr. pén.* 2019, comm. 172.16 - J.-

H. Robert, note in *Dr. pén.* 2019, comm. 53.

17 - J.-H. Robert, note in *Dr. pén.* 2019, comm. 94 ; R. Salomon, note in *Dr. soc.* 2020, comm. 14.

tion prioritaire de constitutionnalité portant sur l'application combinée des articles L. 132-2 et L. 522-1 du code de la consommation, parce qu'elle méconnaîtrait les principes de nécessité et de proportionnalité des peines en permettant un cumul de sanctions administrative et pénale à raison des mêmes faits. Selon eux, en effet, l'article L. 522-1 permettrait à l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation de prononcer des amendes administratives pour sanctionner les pratiques commerciales trompeuses qui sont, par ailleurs, réprimées pénalement par l'article L. 132-2.

Encore un cumul répressif à chasser ? Non, répondent sagement les « Sages » – une fois n'est pas coutume ! –, car si l'article L. 132-2 réprime bien pénalement de telles pratiques, l'article L. 522-1, quant à lui, « *se borne à donner compétence à l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation pour prononcer les amendes administratives sanctionnant les manquements aux dispositions mentionnées aux articles L. 511-5, L. 511-6 et L. 511-7 du même code. Il n'a ni pour objet ni pour effet d'instituer une sanction administrative. Le renvoi à l'article*

L. 511-5, lequel mentionne la section 1 du chapitre Ier du titre II du livre Ier du code de la consommation, n'a, en tout état de cause, pas davantage cet effet ». Plus clairement dit, l'article L. 522-1 est un texte qui ne reconnaît qu'une compétence ; il ne fonde pas des sanctions administratives, pas plus que l'article L. 511-5 auquel il renvoie, qui ne fait qu'habiliter des agents à rechercher et à constater les infractions ou les manquements à certaines dispositions parmi lesquelles, au surplus, on ne trouve pas les comportements constitutifs de pratiques commerciales trompeuses...

Autre problème : éprouver la correspondance des pratiques commerciales trompeuses abstraitement incriminées par les articles L. 121-2 et suivants du code de la consommation avec des pratiques commerciales concrètes et suspectes. Par exemple, le comportement d'une agence de recouvrement de créances qui exige du débiteur le paiement de frais qui, en plus de la créance, ne peuvent pas être mis à sa charge, ressort-il de l'article L. 121-2, 2^o, en vertu duquel « *une pratique commerciale est trompeuse notamment si elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant sur le prix ou le mode de calcul du prix et les conditions de paiement du bien ou du service, et si elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé* » ? Par un arrêt rendu le 19 mars 2019, un reproche est fait par

la chambre criminelle de la Cour de cassation aux juges du fond de ne pas l'avoir considéré, une telle agence n'ayant pas, selon ces derniers, « une activité commerciale à l'égard des débiteurs puisqu'elle ne leur fournit aucun bien ni prestation de service, contrairement à ce qu'elle fait avec les créanciers », « le fait de déduire une relation commerciale de la prestation initiale à laquelle le débiteur a souscrit et pour laquelle il s'est montré défaillant étant artificiel ». Selon la Cour de cassation, tel n'est pas le cas, car « la notion de pratique commerciale, telle qu'interprétée à la lumière de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur (CJUE, 20 juillet 2017, « Gelvora » UAB (aff. C-357/16)), s'applique à toute mesure prise en relation non seulement avec la conclusion d'un contrat, mais aussi avec l'exécution de celui-ci, notamment aux mesures prises en vue d'obtenir le paiement du produit ».

Il serait donc toujours question de la relation commerciale entre l'agence de recouvrement de créances et le créancier, le produit considéré étant le recouvrement dont l'exécution seule marque la fin de la relation commerciale et, avec elle, de son encadrement normatif, notamment pénal. Le problème est, qu'en l'espèce, il est difficile de percevoir le créancier, qui n'était pas vraiment celui qui souffrait des pratiques commerciales trompeuses du prévenu, comme leur victime, de sorte que, dans un sens proche de ce qu'a pu dire la cour d'appel, on peut conclure qu'un tel raisonnement demeure très artificiel !

À propos, pour finir, de l'importante infraction de tromperie, un arrêt intéressant a été rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 29 janvier 2019. Il y était question de la constitutionnalité d'un décret (n° 93-999 du 9 août 1993) qui, pris en application de l'ancien article L. 214-1 du code de la consommation (actuel art. L. 412-1), définit les qualités substantielles du foie gras. Une société poursuivie pour ne pas avoir respecté l'un des articles de ce décret soutenait, en effet, qu'un autre était inconstitutionnel – l'article 13-1 qui instituerait, selon eux, une discrimination entre producteurs nationaux et producteurs d'un autre pays de l'Union européenne – et, partant, que le décret l'était dans son entier, en ce compris l'article qui lui avait été appliqué.

Les juges du fond avaient refusé d'effectuer le contrôle en raison de la dissociation des deux articles concernés – celui qui était applicable et celui qui était contestable – et, semble-t-il, de leur incompétence à effectuer un contrôle de

constitutionnalité. La chambre criminelle les censure néanmoins au visa de l'article 111-5 du code pénal, considérant que, « d'une part, si le décret du 9 août 1993 a été pris en application de l'article L. 214-1 du code de la consommation, alors en vigueur, ce dernier texte, qui renvoyait au pouvoir réglementaire le soin de définir les règles tenant notamment à la composition et à la dénomination des marchandises de toute nature, ne contenait en lui-même aucune règle de fond de nature à faire obstacle à ce que la conformité du décret à des normes constitutionnelles soit examinée par la juridiction correctionnelle, d'autre part, la violation du principe d'égalité devant la loi pénale par la combinaison des articles 1^{er} et 13-1 du décret, telle qu'alléguée par les prévenus, était de nature, à la supposer établie, à emporter leur illégalité, de sorte que la solution du procès pénal dépendait de cet examen ».

Autrement dit, outre que les conditions d'application de l'article 111-5 du code pénal et du contrôle qu'il autorise étaient réunies, le résultat de sa mise en œuvre pourrait bien être d'invalider tout le décret parce qu'il porte certaines dispositions discriminatoires. À cet égard, il est piquant de souligner, à l'instar du professeur Robert, que ces dispositions avaient été adoptées à la suite d'une condamnation de la France par la Cour de Justice des Communautés Européennes, celle-ci ayant inversement considéré le droit français de l'époque – c'est-à-dire avant l'adoption de l'article litigieux – comme discriminatoire envers les producteurs des autres pays¹⁸.

18 - CJCE, 22 oct. 1998, aff. C-184/96, *Comm. c. France*.
V. J.-H. Robert, note in *Dr. pén.* 2019, comm. 53.