

**Procureurs généraux près les cours d'appel –  
Procureurs de la République près les tribunaux  
supérieurs d'appel – Premiers présidents de  
cour d'appel – Magistrats du siège**

**Présentation des dispositions pénales de la loi  
n° 2001-420 du 15 mai 2001 relatives aux nou-  
velles régulations économiques**

CRIM 2002-03 G3/30-01-2002

NOR : JUSD0230027C

Association de malfaiteurs

Blanchiment

Commissaire aux comptes

Nouvelles régulations économiques

**SOMMAIRE**

**I. – L'AMÉLIORATION DE LA LUTTE CONTRE LE BLAN-  
CHIMENT D'ARGENT**

**1. La surveillance et la réglementation des opérations  
financières réalisées avec des pays ou des territoires non  
coopératifs**

1.1. *La surveillance des opérations financières réalisées  
avec des pays ou des territoires non coopératifs*

1.2. *La réglementation des opérations financières réali-  
sées avec des pays ou des territoires non coopératifs*

**2. Le renforcement de l'efficacité du dispositif interne fran-  
çais de lutte contre le blanchiment**

2.1. *L'extension de la déclaration de soupçon*

2.1.1. *L'extension des professions soumises à l'obliga-  
tion de déclarer leur soupçon*

2.1.2. *L'extension du champ de la déclaration de  
soupçon*

2.2. *L'amélioration de la coopération des autorités avec  
TRACFIN*

2.3. *L'obligation d'inscription des sociétés civiles au  
registre du commerce et des sociétés*

**3. L'amélioration du dispositif répressif**

3.1. *La réforme du délit de participation à une association  
de malfaiteurs*

3.2. *Le renversement de la charge de la preuve en matière  
d'association de malfaiteurs*

3.3. *L'extension au délit général de blanchiment des procé-  
dures dérogatoires au droit commun de saisie et de  
confiscation prévues aux articles 222-49, alinéa 2, du  
code pénal et 706-30 du code de procédure pénale*

**II. – LA RÉFORME DU DROIT DE LA CONCURRENCE ET  
DE LA CONSOMMATION**

**1. La compétence nationale des agents de la direction géné-  
rale de la consommation, de la concurrence et de la  
répression des fraudes**

**2. L'extension des pouvoirs en cas d'enquête simple**

**3. L'aménagement de la procédure d'enquête sous contrôle  
judiciaire**

3.1. *Extension des documents susceptibles d'être saisis*

3.2. *Éléments d'information du juge*

3.3. *Notification de l'ordonnance du juge*

3.4. *Présence de l'occupant des lieux*

3.5. *Restitution des pièces*

3.6. *Voies de recours contre le déroulement des opérations  
de visite et de saisie*

**III. – LA MODERNISATION DU DROIT PÉNAL DES SOCIÉTÉS**

**1. Les dépénalisations**

1.1. *Abrogations consécutives à la création d'injonctions  
de faire*

1.2. *Abrogations consécutives à l'existence de qualifica-  
tions de droit commun*

1.3. *Abrogations permises par l'existence d'autres formes de contrôle par les autorités de régulation*

1.4. *Abrogations liées à des dispositions relatives à des intérêts ne méritant plus protection ou à des pratiques tombées en désuétude*

2. **Une pénalisation nouvelle spécifique à la société par actions simplifiée**

3. **La refonte du statut du commissariat aux comptes**

La loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques a pour objectif de mettre en place des mécanismes de régulation plus transparents et plus participatifs dans les secteurs financiers, de la concurrence et du droit de l'entreprise.

Dans le domaine financier, la loi instaure plus de transparence dans le déroulement des offres publiques d'achat ou d'échange, en imposant notamment une meilleure information des salariés des sociétés faisant l'objet d'une de ces mesures, et une publicité renforcée des pactes portant sur des actions de sociétés cotées.

Par ailleurs, la loi renforce l'information du Parlement sur l'action des autorités prudentielles (comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement – commission bancaire – commission de contrôle des assurances – conseil des marchés financiers), améliore la transparence de leurs règles de fonctionnement et renforce leurs moyens juridiques.

Enfin, la loi réforme le dispositif de lutte contre le blanchiment d'argent, issu de la loi n° 90-614 du 12 juillet 1990, désormais codifiée aux articles L. 562-1 et suivants du code monétaire et financier, en l'adoptant notamment à la mondialisation croissante des activités financières.

La régulation de la concurrence s'articule autour des trois axes suivants : moralisation des pratiques commerciales, lutte plus efficace contre les pratiques anticoncurrentielles et contrôle plus systématique des concentrations. Il s'agit en fait d'adapter le dispositif de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986, codifié au livre IV du code du commerce, aux nouvelles pratiques commerciales, notamment entre fournisseurs et distributeurs et de renforcer les pouvoirs d'enquêtes des agents de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF ci-après).

Enfin, la dernière partie de cette loi, relative à la régulation de l'entreprise, vise à moderniser le droit des sociétés commerciales afin de prendre en compte le développement des grands groupes, l'émergence d'un nouvel actionariat, et l'essor d'une théorie et d'une pratique du gouvernement d'entreprise.

La présente circulaire explicite les nouvelles dispositions pénales ou à incidence pénale relatives à la lutte contre le blanchiment (I), au droit de la concurrence et de la consommation (II) et au droit des sociétés (III).

## I. – L'AMÉLIORATION DE LA LUTTE CONTRE LE BLANCHIMENT D'ARGENT

Le titre V de la première partie de la loi consacré à l'amélioration de la lutte contre le blanchiment d'argent provenant d'activités criminelles organisées vise en premier lieu à tirer, au plan juridique, les conséquences des travaux menés par le GAFI (groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux, créé par le sommet du G 7 de Paris en 1989) sur les pays ou territoires dits non coopératifs, dont l'existence menace l'efficacité des législations antiblanchiment (I.1). En outre, la loi renforce l'efficacité du dispositif interne de lutte contre le blanchiment (I.2) et, enfin, améliore le dispositif répressif relatif au blanchiment et aux associations de malfaiteurs (I.3).

### 1. La surveillance et la réglementation des opérations financières réalisées avec des pays ou des territoires non coopératifs

En raison de l'internationalisation croissante des activités financières, la lutte contre le blanchiment ne peut se concevoir dans un cadre strictement national.

C'est la raison pour laquelle la France a proposé avec succès à ses partenaires du GAFI d'adopter des mesures destinées à réglementer et à surveiller les relations financières avec des pays ou territoires non coopératifs, c'est-à-dire dont la législation est reconnue insuffisante ou dont les pratiques sont considérées comme faisant obstacle à la lutte contre le blanchiment des capitaux.

Dans cette optique, le GAFI a arrêté le 22 juin 2000 une liste provisoire des pays ou territoires dits non coopératifs. Elle a été mise à jour le 7 septembre 2001. Cette liste, ainsi que la méthodologie suivie pour son établissement, peuvent être consultées sur le serveur web du GAFI ([www.ocde.org/fatf/](http://www.ocde.org/fatf/)).

L'entrée en vigueur de ces mesures est conditionnée en droit interne par l'intervention d'un décret afin de permettre une concertation préalable avec nos partenaires du GAFI, seule garante de leur efficacité.

#### 1.1. *La surveillance des opérations financières réalisées avec des pays ou des territoires non coopératifs*

L'article 34 de la loi prévoit qu'un décret pourra étendre l'obligation de déclaration de soupçon, prévue au premier alinéa de l'article L. 562-2 du code monétaire et financier, aux opérations pour compte propre ou pour compte de tiers effectuées par les organismes

financiers avec des personnes physiques ou morales, y compris leurs filiales ou établissements, domiciliées, enregistrées ou établies dans l'ensemble des Etats ou territoires reconnus comme non coopératifs par le GAFI.

Ce décret fixera en outre le montant minimum des opérations soumises à déclaration.

### 1.2. *La réglementation des opérations financières réalisées avec des pays ou des territoires non coopératifs*

L'article 36 de la loi a pour objectif de permettre au gouvernement, par décret en Conseil d'Etat, pour des raisons d'ordre public, de soumettre à des conditions spécifiques, restreindre ou interdire tout ou partie des opérations réalisées pour le compte de tiers par les organismes financiers établis en France avec des personnes physiques ou morales, ou domiciliées, enregistrées ou ayant un compte auprès d'un établissement situé dans un Etat ou territoire reconnu comme non coopératif par le GAFI.

## 2. **Le renforcement de l'efficacité du dispositif interne de lutte contre le blanchiment**

L'efficacité du dispositif interne de lutte contre le blanchiment est renforcée par l'extension de l'obligation de déclaration de soupçon (I.2.1), l'amélioration de la coopération des autorités en charge de cette lutte avec TRACFIN (I.2.2) et enfin par l'obligation faite à toutes les sociétés civiles de s'inscrire au registre du commerce et des sociétés (I.2.3).

### 2.1. *L'extension de la déclaration de soupçon*

#### 2.1.1. *L'extension des professions soumises à l'obligation de déclarer leur soupçon*

Initialement limitée aux établissements financiers, l'obligation de déclaration de soupçon de l'article L. 562-2 du code monétaire et financier a été étendue par la loi n° 98-546 du 2 juillet 1998 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier « aux personnes qui réalisent, contrôlent ou conseillent des opérations portant sur l'acquisition, la vente, la cession ou la location de biens immobiliers ».

L'article 33 de la loi relative aux nouvelles régulations économiques étend à son tour cette obligation de déclaration de soupçon à de nouvelles activités et professions qui, bien que ne relevant pas du secteur financier, peuvent être sollicitées dans des opérations de blanchiment.

Le I de l'article précité complète en effet l'article L. 562-1 du code monétaire et financier en ajoutant à la liste des professions ou des activités tenues de déclarer leur soupçon les représentants légaux et directeurs responsables de casinos d'une part, les personnes se livrant habituellement au commerce ou organisant la vente de pierres précieuses, de matériaux précieux, d'antiquités et d'oeuvres d'art d'autre part.

Cette extension répond aux exigences de la renégociation de la directive du 10 juin 1991, relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux.

Les nouvelles professions ainsi tenues de déclarer leur soupçon sont parallèlement soumises aux mêmes obligations, protections et sanctions que les établissements financiers (irresponsabilité civile et pénale pour les personnes de bonne foi, etc.).

#### 2.1.2. *L'extension du champ de la déclaration de soupçon*

L'article 34 I de la loi modifie l'article L. 562-2 du code monétaire et financier relatif à l'objet de la déclaration de soupçon.

D'une part, afin d'alléger la charge de la preuve de l'autorité de contrôle en cas d'omission de déclaration et de faciliter la mise en oeuvre d'une procédure disciplinaire, doivent désormais faire l'objet d'une déclaration de soupçon les opérations « qui pourraient provenir » du trafic de stupéfiants ou d'activités criminelles organisées, et non plus « qui paraissent provenir » de ces activités.

D'autre part, les mots « activités criminelles organisées » sont substitués aux mots « activités d'organisations criminelles » afin de viser un type d'activité et non la participation à une organisation particulière, plus difficile à cerner au stade d'une simple déclaration de soupçons.

En outre, les organismes financiers (et eux seuls) seront désormais tenus de déclarer à TRACFIN :

- « toute opération dont l'identité du donneur d'ordre ou du bénéficiaire reste douteuse malgré les diligences effectuées conformément à l'article L. 563-1 du code monétaire et financier » ;
- « les opérations effectuées par les organismes financiers pour compte propre ou pour compte de tiers avec des personnes physiques ou morales, y compris de leurs filiales ou établissements, agissant sous forme ou pour le compte de fonds fiduciaires ou de tout autre instrument de gestion d'un patrimoine d'affectation dont l'identité des constituants ou des bénéficiaires n'est pas connue ».

La raison d'être de ces dispositions est bien évidemment de donner à TRACFIN les moyens de disposer d'un maximum d'informations sur les flux financiers qui demeurent anonymes en raison notamment de leur traitement par l'intermédiaire de sociétés écrans, de fiducies ou de trusts anonymes.

Enfin, il est à noter que, tout comme pour les opérations financières réalisées avec des pays non coopératifs, le gouvernement pourra, par décret en Conseil d'Etat, soumettre à des conditions spécifiques, restreindre ou interdire tout ou partie des opérations réalisées par les organismes financiers établis en France avec des personnes physiques ou morales agissant sous forme ou pour le compte de fonds fiduciaires ou de tout autre instrument de gestion d'un patrimoine d'affectation dont l'identité des constituants ou des bénéficiaires n'est pas connue.

## 2.2. L'amélioration de la coopération des autorités avec TRACFIN

Près de dix ans après la mise en place de TRACFIN, il est apparu nécessaire au législateur de renforcer la coopération des autorités publiques ou des professions concernées avec cette cellule. C'est la raison pour laquelle les articles 35, 39, 40 et 41 de la loi définissent des nouveaux modes de coopération avec TRACFIN.

En premier lieu, il est créé par l'article 35 de la loi un comité de liaison de la lutte contre le blanchiment des produits des crimes et délits, animé par TRACFIN, qui réunit, dans des conditions à définir par décret, les professions mentionnées à l'article L. 562-1 du code monétaire et financier, les autorités de contrôle et les services de l'Etat concernés.

En deuxième lieu, l'article 39 de la loi renforce les moyens d'information de TRACFIN en lui permettant de recueillir les informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission, non seulement auprès des officiers de police judiciaire et des autorités de contrôle, mais également désormais auprès des administrations de l'Etat, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics. Ces personnes publiques ne sauraient donc opposer aux demandes de TRACFIN le secret professionnel.

Il s'agit de permettre à TRACFIN de mieux cerner le contexte financier dans lequel s'inscrivent les déclarations de soupçon dont il est destinataire et d'approfondir l'analyse de leur contenu.

En troisième lieu, l'article 40 de la loi insère un nouvel alinéa à l'article L. 562-4 du code monétaire et financier au terme duquel le procureur de la République doit transmettre à TRACFIN toutes les décisions définitives prononcées dans les affaires ayant fait l'objet d'une déclaration de soupçon.

Un tel retour d'information, qui doit concerner tant les décisions de non-lieu que de condamnation, est en effet de nature à permettre à TRACFIN d'analyser de façon plus ciblée les dossiers justifiant une transmission au parquet, et de mieux exécuter sa mission de centralisation des renseignements relatifs au blanchiment.

Enfin, il est à noter que l'article 41 de la loi ouvre le droit aux organismes financiers ou à la personne ayant effectué une déclaration à TRACFIN de demander à ce service s'il a saisi le procureur de la République sur le fondement de cette déclaration (art. L. 562-6 du code monétaire et financier).

## 2.3. L'obligation d'inscription des sociétés civiles au registre du commerce et des sociétés

L'article 44 de la loi impose aux sociétés créées avant l'entrée en vigueur de la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 de procéder à leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés, et ce, afin de lutter contre l'utilisation de sociétés de façades dans les opérations de blanchiment.

## 3. L'amélioration du dispositif répressif

### 3.1. La réforme du délit de participation à une association de malfaiteurs

L'article 45 de la loi réforme l'article 450-1 du code pénal afin d'élargir la définition de l'association de malfaiteurs à « tout groupement ou entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un ou plusieurs crimes ou d'un ou plusieurs délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement », alors que jusque là il était exigé que l'association de malfaiteurs ait pour objet la préparation d'un crime ou d'un délit puni d'au moins dix ans d'emprisonnement.

Parallèlement, la sanction de cette infraction est modulée en fonction du quantum de peine encourue pour l'infraction préparée par l'association de malfaiteurs.

Lorsque les infractions préparées sont des crimes ou des délits punis de dix ans d'emprisonnement, la participation à l'association de malfaiteurs demeure punie de dix ans d'emprisonnement et de 1 000 000 de francs d'amende.

Lorsque les infractions préparées sont des délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement, la participation à l'association de malfaiteurs est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 francs d'amende.

L'exemption de peine (art. 450-2), les peines complémentaires (art. 450-3) et la responsabilité pénale des personnes morales (450-4) s'appliquent à la nouvelle infraction ainsi définie.

Sur le plan criminologique, l'objectif de cette disposition est de permettre de sanctionner les associations de malfaiteurs « en col blanc », c'est-à-dire établies en vue de la préparation des délits de blanchiment, mais aussi d'extorsion simple, d'escroquerie simple et aggravée, de faux émanant des administrations publiques, et plus généralement de la plupart des infractions économiques et financières.

L'existence de cette infraction devrait également permettre de constituer un point d'ancrage précoce à la mise en mouvement de l'action publique.

Enfin, elle permet à la France de se mettre en conformité avec l'action commune du 21 décembre 1998 sur le concept de criminalité organisée entendue comme « l'association de plus de deux personnes agissant dans le but de commettre des crimes ou délits punissables d'une peine privative de liberté d'un maximum d'au moins quatre ans ou d'une peine plus grave ».

Notre droit ne connaissant pas le seuil d'emprisonnement de quatre ans, le législateur a opté pour le seuil le plus proche, à savoir cinq ans.

### 3.2. *Le renversement de la charge de la preuve en matière d'association de malfaiteurs*

L'article 46 de la loi crée une nouvelle infraction, codifiée à l'article 450-2-1 du code pénal, aux termes de laquelle « le fait de ne pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie, tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes se livrant aux activités visées à l'article 450-1 (association de malfaiteurs) est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 francs d'amende ».

Cet article a pour objet de permettre de sanctionner pénalement des personnes dont la preuve de la participation à une association de malfaiteurs ne peut directement être rapportée, mais dont le train de vie et les relations habituelles avec une ou plusieurs personnes membres de cette dernière laissent présumer leur implication dans cette association.

Cet article s'inspire des articles 225-6 3° (prostitution), 222-39-1 (proxénétisme de la drogue) et 321-6 (mineurs se livrant habituellement à des crimes ou des délits) du code pénal. La jurisprudence rendue en ces matières, notamment sur la justification de ressources licites, pourra vraisemblablement être transposée à cette nouvelle infraction.

### 3.3. *L'extension au délit général de blanchiment des procédures dérogatoires au droit commun de saisie et de confiscation prévues aux articles 222-49, alinéa 2, du code pénal et 706-30 du code de procédure pénale*

En l'état, les articles 222-49, alinéa 2, du code pénal et 706-30 du code de procédure pénale prévoient la confiscation de tout ou partie du patrimoine du condamné, même s'il ne s'agit pas d'un produit de l'infraction, et la possibilité de prendre des mesures conservatoires (par exemple des hypothèques ou des nantissements) sur les biens de la personne mise en examen pendant l'information pour les infractions les plus graves à la législation sur les stupéfiants, dont celle du blanchiment.

Néanmoins, s'agissant du blanchiment, ces dernières mesures sont apparues difficiles à mettre en oeuvre dans la mesure où il convenait d'établir la provenance des fonds blanchis.

Pour remédier à cette difficulté de preuve, et pour tirer toutes les conséquences de la création du délit général de blanchiment en 1996, l'article 47 de la loi modifie les articles 324-7 du code pénal (peines complémentaires encourues par les personnes physiques en cas de blanchiment) et 706-30 du code de procédure pénale afin d'étendre ce dispositif au blanchiment général, portant sur le produit de tout crime ou délit.

Ainsi, en cas de condamnation du chef de blanchiment, la confiscation pourra porter sur les biens qui ne sont pas le produit de l'infraction de blanchiment et qui pourront avoir été acquis licitement, antérieurement ou postérieurement à la commission de l'infraction de blanchiment, biens sur lesquels, durant l'information judiciaire, des mesures conservatoires pourront être prises.

S'agissant de l'application concrète de ces nouvelles mesures, le mémento pratique sur la mise en oeuvre de l'article 706-30 du code de procédure pénale annexé à la circulaire du 17 juin 1999 relative à la lutte contre le trafic de stupéfiants (NOR : JUSD9930090C) conserve toute sa valeur.

## II. – LA RÉFORME DU DROIT DE LA CONCURRENCE ET DE LA CONSOMMATION

La loi sur les nouvelles régulations économique comprend un important chapitre consacré à la moralisation des pratiques commerciales, à la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles et au contrôle des concentrations.

Cette moralisation a pour objet de faire obstacle aux pratiques qui conduisent à faire prendre en charge par des fournisseurs des frais supportés par les distributeurs ou à faire supporter par ces premiers des versements d'argent sans contrepartie, souvent maquillés sous le terme fallacieux de « coopération commerciale ».

Sur un plan préventif, l'article 51 de la loi met en place une commission d'examen des pratiques commerciales, chargée de suivre l'évolution de la distribution et d'élaborer des référentiels définissant les bons usages commerciaux.

Au plan judiciaire, l'article 56 de la loi complète la définition des abus de dépendance économique afin d'y inclure ces pratiques, et ouvre au ministre chargé de l'économie, garant de l'ordre public économique, le droit de demander, outre la cessation des pratiques, l'annulation des clauses ou contrats illicites, la répétition de l'indu, le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut excéder 2 millions d'euros, et la réparation des préjudices subis.

A ce sujet, il me semble important de rappeler que si les nouveaux comportements qualifiés d'abus de dépendance économique par l'article 56 de la loi ne sont pas, en eux-mêmes, constitutifs d'infractions pénales, le ministère public tient néanmoins de l'article L. 442-6 II du code de commerce le droit d'introduire l'action devant la juridiction civile ou commerciale compétente. Ce droit devra être exercé lorsque des abus de dépendance économique paraîtront de nature à causer un trouble grave à l'ordre public économique en raison de leur répétition, de leur impact ou de leur importance.

Afin d'améliorer la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, la loi renforce le caractère dissuasif des sanctions prononcées par le conseil de la concurrence et les pouvoirs d'enquête des agents de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

Seul ce dernier point, à incidence judiciaire, fera l'objet de développements dans le cadre de cette circulaire.

### **1. La compétence nationale des agents de la DGCCRF**

En premier lieu, l'article 81 de la loi complète les articles L. 450-1 du code de commerce et L. 215-1 du code de la consommation afin de conférer aux agents de la DGCCRF une compétence nationale dans l'exercice de leurs pouvoirs d'enquête prévus, soit à l'article L. 450-1 du code de commerce (recherche des pratiques anticoncurrentielles, restrictives de concurrence ou autres pratiques prohibées par le livre IV du code de commerce), soit au livre II du code de la consommation (procédure dite fraude).

Cette disposition a pour objet de clarifier les règles de compétence territoriale de ces agents, sur lesquelles pesaient des incertitudes jurisprudentielles.

En effet, jusqu'alors, se prévalant de l'arrêté du ministre de l'économie et des finances du 22 janvier 1993 relatif à l'habilitation des fonctionnaires de la DGCCRF, selon lequel les fonctionnaires habilités agissent, soit dans l'ensemble du département où ils exercent leurs fonctions, soit, lorsqu'il est plus étendu, dans le ressort territorial du service auquel ils sont affectés, la chambre criminelle de la Cour de cassation jugeait que le droit d'enquête des agents de la DGCCRF ne saurait s'exercer hors des limites territoriales du service auquel ces fonctionnaires sont affectés (Cass. Crim. 10 décembre 1998 Bull. Crim. n° 339).

Il va de soi que cette extension territoriale de compétence vaut également pour la recherche et la constatation d'infractions non codifiées au code de commerce ou de la consommation mais pour lesquelles la loi qui les définit renvoie soit aux articles L. 450-1 et suivants du code de commerce, soit à la procédure dite fraude (livre II du code de commerce).

### **2. L'extension des pouvoirs en cas d'enquête simple**

En second lieu, l'article 76 de la loi étend le droit de communication des agents de la DGCCRF, visé à l'article L. 450-3 du code de commerce, au droit « d'obtenir ou prendre copie par tous moyens et sur tous supports de documents professionnels ».

Cette adjonction est de nature à faciliter la tâche des enquêteurs dans la mesure où elle rend licite le recours à toute copie obtenue par moyens visuels ou informatiques.

### **3. L'aménagement de la procédure d'enquête sous contrôle judiciaire**

L'article 77 de la loi aménage la procédure d'enquête sous contrôle judiciaire prévue à l'article L. 450-4 du code de commerce et placée sous le contrôle du juge des libertés et de la détention depuis la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits de la victime.

#### *3.1. L'extension des documents susceptibles d'être saisis*

En premier lieu, l'article 77 modifie l'article L. 450-4 1° du code de commerce en étendant la possibilité de saisie, en l'état limitée aux seuls documents, à « tout support d'information » et ce afin de permettre aux enquêteurs de saisir éventuellement l'ensemble des supports informatiques, tels que disquettes, disques durs, etc.

### 3.2. *Éléments d'information du juge*

En second lieu, l'article précité modifie le deuxième alinéa de l'article L. 450-4 relatif aux éléments d'information du juge au vu desquels il peut autoriser la visite et la saisie.

Ainsi, il est précisé que la demande d'autorisation doit comporter « tous les éléments d'information en possession du demandeur ». Cette précision, fréquente dans de nombreux textes relatifs aux saisies (cf. art. L. 16 B du livre des procédures fiscales), doit se comprendre comme faisant obligation au juge de se fonder sur les seuls éléments que le demandeur possède.

La seconde modification concerne l'hypothèse où la visite vise à permettre la constatation d'infractions aux dispositions du livre IV du code de commerce en train de se commettre (flagrant délit). Dans cette hypothèse, le juge peut se fonder sur une demande d'autorisation ne comportant « que les indices permettant de présumer, en l'espèce, l'existence de pratiques dont la preuve est recherchée ».

### 3.3. *Notification de l'ordonnance du juge*

Le 3<sup>e</sup> alinéa de l'article 77 insère un alinéa dans l'article L. 450-4 du code de commerce dont l'objet est de créer une procédure de notification de l'ordonnance du juge autorisant la visite.

L'objectif de cette disposition est de donner une date certaine à la notification de l'ordonnance du juge, dès lors que cette dernière constitue désormais le point de départ du délai de recours ouvert à l'occupant des lieux pour contester la légalité de l'ordonnance ou le déroulement des opérations (cf. infra II.3.6).

La rédaction proposée est calquée sur celle de l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales relatif aux visites et saisies effectuées par l'administration fiscale.

L'ordonnance doit être notifiée verbalement, et sur place, au moment de la visite à l'occupant des lieux ou à son représentant.

Une copie doit leur être remise contre récépissé ou émargement au procès-verbal.

En l'absence de l'occupant des lieux ou de son représentant, l'ordonnance est notifiée après la visite par lettre recommandée avec avis de réception. La notification est alors réputée faite à la date de réception, figurant sur l'avis.

### 3.4. *Présence de l'occupant des lieux*

Aux termes de l'article L. 450-4 du code du commerce, la présence de l'occupant des lieux ou de son représentant est une condition de validité de la visite.

En l'absence de l'occupant des lieux, la possibilité de requérir deux témoins, pour la suppléer, conformément à l'article 96 du code de procédure pénale, apparaissait critiquable, en l'absence de disposition expresse de l'article L. 450-4 précité.

C'est la raison pour laquelle le 4<sup>e</sup> alinéa de l'article 77 prévoit désormais expressément la possibilité pour l'officier de police judiciaire de requérir deux témoins indépendants.

### 3.5. *Restitution des pièces*

Le 5<sup>e</sup> alinéa de l'article 77 complète l'article 450-4 du code de commerce en posant le principe de la restitution des pièces dans un délai de six mois à compter de la date à laquelle la décision du Conseil de la concurrence est devenue définitive.

### 3.6. *Voies de recours contre le déroulement des opérations de visite et de saisie*

Enfin, le 6<sup>e</sup> alinéa de l'article 77 vient apporter d'importants éclaircissements sur la juridiction compétente pour connaître d'un recours formé contre le déroulement des opérations de visite et de saisie ainsi que le délai d'exercice d'un tel recours.

Il s'agit de mettre fin à des hésitations jurisprudentielles et de régler définitivement les problèmes découlant de l'absence de délai de recours dans la législation antérieure.

Dans un premier temps, la Cour de cassation jugeait en effet que toute personne intéressée était recevable à contester la régularité des opérations de visite et de saisie autorisées par le président du tribunal, au moyen d'une requête présentée à cette fin à ce magistrat, dont les pouvoirs de contrôle s'étendaient à la constatation de l'irrégularité des opérations lorsqu'elles sont achevées et, en ce cas, à leur annulation (Cass. Com. 4 juin 1991).

Puis, dans un arrêt du 30 novembre 1999, la Cour de cassation revenait sur cette jurisprudence en jugeant que « la mission du juge chargé de contrôler le déroulement d'une opération de visite domiciliaire prenant fin avec les opérations, lors de la remise du procès-verbal et de l'inventaire à l'occupant des lieux ou à son représentant, il ne peut être saisi a posteriori d'une éventuelle irrégularité entachant ces opérations, une telle contestation relevant du contentieux dont peuvent être saisis les autorités de décision, le Conseil de la concurrence et, sur appel, la cour d'appel de Paris, appelés à statuer sur les poursuites éventuellement engagées sur le fondement des documents ainsi appréhendés ».

Aux termes des nouvelles dispositions, il appartient au juge qui a autorisé la visite de trancher tout contentieux relatif au déroulement des opérations de visite ou de saisie.

En outre, la loi encadre dans un délai de deux mois les contestations relatives au déroulement des enquêtes afin d'éviter que le contentieux ne soit porté devant la juridiction après que le fond de l'affaire a été jugé.

L'exercice du recours court, pour les personnes occupant les lieux où se sont déroulées ces opérations, à compter de la notification de l'ordonnance les ayant autorisées et, pour les autres personnes mises en cause ultérieurement au moyen de pièces saisies au cours de ces opérations, à compter de la date à laquelle elles ont eu connaissance de l'existence de ces opérations et au plus tard à compter de la notification des griefs prévue à l'article L. 463-2.

Le juge se prononce sur ce recours par voie d'ordonnance, qui n'est susceptible que d'un pourvoi non suspensif en cassation.

### III. - LA MODERNISATION DU DROIT DES SOCIÉTÉS

La loi sur les nouvelles régulations économiques comprend un important volet de modernisation du droit des sociétés dont les objectifs essentiels sont les suivants :

- assurer un meilleur équilibre des pouvoirs entre les organes dirigeants ;
- doter les sociétés d'un fonctionnement plus transparent ;
- renforcer les pouvoirs des actionnaires minoritaires ;
- introduire de nouvelles technologies.

Au plan civil, les principaux points de cette réforme sont développés sur le serveur web de la direction des affaires civiles et du sceau (serveur du ministère de la justice).

Au plan pénal, la loi procède à une modernisation du droit pénal des sociétés en dépénalisant quelques infractions dont le maintien n'apparaissait plus justifié (III.1). Elle tire également au plan pénal les conséquences de la loi n° 99-587 du 12 juillet 1999 « innovation et recherche » réformant le droit des sociétés par actions simplifiées (III.2). Enfin, parallèlement à la création d'un nouveau titre II intitulé « Des commissaires aux comptes » dans le livre VIII du code de commerce consacré aux professions réglementées, la loi uniformise les sanctions pénales encourues par les commissaires aux comptes nommés au sein d'une personne morale (III.3).

#### 1. Les dépénalisations

L'article 122-2° de la loi dépénalise un certain nombre d'infractions du droit pénal des sociétés.

Ces dépénalisations, si elles répondent au même objectif de moderniser le droit pénal des sociétés, reposent sur des fondements distincts.

#### 1.1. *Abrogations consécutives à la création d'injonctions de faire*

En premier lieu, l'article 122 de la loi introduit une nouvelle procédure d'injonction de faire en référé pour obtenir le respect de certaines prescriptions légales formelles, telle la communication des documents légaux.

En raison de l'existence de ce mécanisme civil de substitution, et afin de rendre au droit pénal sa vocation de sanctions des comportements frauduleux les plus graves, la loi procède à une dépénalisation du non-respect de ces prescriptions.

Sont ainsi abrogés dans le code de commerce les articles L. 241-4 2° et 3° (mise à disposition des associés d'une SARL des documents sociaux), L. 242-14 (mise à disposition des associés d'une SA des documents sociaux), L. 245-1 (omission de l'appel de fonds pour la libération intégrale du capital social), L. 247-7 (violation par le liquidateur de son obligation de permettre aux associés d'exercer leur droit de communication des documents sociaux).

#### 1.2. *Abrogations consécutives à l'existence de qualifications de droit commun*

Il est également apparu opportun de simplifier le droit pénal des sociétés en redonnant toute leur place aux qualifications pénales de droit commun, lorsque celles-ci peuvent suffire à sanctionner les faits prévus par des qualifications spécifiques au droit des sociétés.

A ce titre, sont abrogés dans le code de commerce les articles L. 242-2 1° - 2° - 3° (escroqueries et faux dans le cadre de la constitution de sociétés anonymes) et L. 245-2 (publicité frauduleuse de souscription de valeurs mobilières).

#### 1.3. *Abrogations permises par l'existence d'autres formes de contrôle par les autorités de régulation*

A ce titre, sont abrogés dans le code de commerce les articles L. 245-7 (émission d'obligations négociables par particuliers et gérants d'autres sociétés que les sociétés par actions) et L. 245-8 (émission d'obligations négociables pour le compte d'une SA avant que la société n'ait deux ans d'existence et qu'elle n'ait établi deux bilans, approuvés par les actionnaires).

#### 1.4. *Abrogations liées à des dispositions relatives à des intérêts ne méritant plus protection ou à des pratiques tombées en désuétude*

Sont ainsi abrogés dans le code de commerce les articles L. 242-3-3° (négociation de promesses d'actions), L. 242-22 (amortissement du capital par voie de tirage au sort des actions), L. 243-2 (gérant de

société en commandite par actions qui commence les opérations avant l'entrée en fonction du conseil de surveillance) et L. 245-6 (émission de parts de fondateurs).

## 2. Une pénalisation nouvelle spécifique à la société par actions simplifiée

L'article 128 de la loi prévoit la création d'une nouvelle incrimination spécifique aux sociétés par actions simplifiées aux termes de laquelle « le fait, pour un président ou un dirigeant de société par action simplifiée, de ne pas consulter les associés, dans les conditions prévues par les statuts, en cas d'augmentation, d'amortissement ou de réduction du capital, de fusion, de scission, de dissolution ou de transformation en une société d'une autre forme, de nomination de commissaires aux comptes, d'approbation des comptes annuels et de répartition des bénéfices est puni de six mois d'emprisonnement et de 50 000 francs d'amende » (alinéa nouveau ajouté à l'article L. 244-2 du code de commerce).

Cet article tire les conséquences de l'élargissement de l'actionariat des sociétés par actions simplifiées aux personnes physiques (loi du 12 juillet précitée).

Dans ce contexte, il vise à protéger pénalement le droit fondamental des associés des sociétés par actions simplifiées d'être consultés collectivement pour les décisions les plus importantes de la vie de la société (art. L. 227-9, alinéa 2) dès lors qu'il n'est plus possible de postuler a priori que l'*affectio societatis* entre associés sera tel qu'un dispositif protecteur de leurs droits collectifs doit être exclu.

C'est en effet ce postulat qui fondait l'absence de pénalisation (« Détenant une part significative du capital, unis par un fort *affectio societatis*, tous intéressés à la gestion de leur filiale commune, les actionnaires ne tirent aucun bénéfice des dispositions protectrices de la loi de 1966 » disait l'exposé des motifs du projet de loi créant la société par actions simplifiée).

## 3. L'uniformisation du statut pénal du commissariat aux comptes

L'article 113 de la loi prévoit la création d'un nouveau titre II intitulé « Des commissaires aux comptes » dans le livre VIII du code de commerce consacré aux professions réglementées.

L'objectif de cet article est d'uniformiser les sanctions pénales encourues par les commissaires aux comptes nommés au sein d'une personne morale (quelle qu'elle soit : association, société commer-

ciale...). Et quelle que soit la nature de la certification prévue dans leur mission. Il est le corollaire du nouvel article L. 820-1 du code de commerce uniformisant le statut des commissaires aux comptes annuels nommés au sein d'une personne morale.

A l'exception de la nouvelle incrimination prévue à l'article L. 820-5-1° du code de commerce réprimant l'usage du titre de commissaire aux comptes dans des conditions tendant à créer une confusion, les infractions prévues aux articles nouveaux L. 820-4 à L. 820-7 du code de commerce sont la reprise des infractions déjà existantes dans la loi du 24 juillet 1966.

Le quantum des peines d'amende encourues a été néanmoins modifié, conformément à la nouvelle échelle des peines issue du code pénal.

Sont ainsi incriminés l'absence de désignation ou la non-convocation du commissaire aux comptes (art. L. 820-4 1°), l'obstacle mis aux vérifications ou aux contrôles des commissaires aux comptes (art. L. 820-4 2°), l'usage du titre de commissaire aux comptes dans des conditions tendant à créer une confusion prévues (art. L. 820-5 1°), l'exercice illégal de la profession de commissaire aux comptes (art. L. 820-5 2°), l'exercice de la profession de commissaire aux comptes nonobstant les incompatibilités légales (art. L. 820-6) et la non-révélation de faits délictueux ou la fourniture d'informations mensongères sur la situation de la société (art. L. 820-7).

Si ce nouveau dispositif ne modifie guère le droit pénal antérieur relatif à l'exercice du commissariat aux comptes au sein des sociétés commerciales, il n'en est pas de même au sein des associations tenues de désigner un commissaire aux comptes. Le nouveau dispositif permettra en effet de réprimer pénalement des comportements jusqu'alors non incriminés.

Vous voudrez bien me rendre compte de toute difficulté qui surviendrait dans l'application des dispositions pénales de cette loi.

Pour la garde des sceaux, ministre de la justice,  
et par délégation :

*Le directeur des affaires criminelles et des grâces,*  
R. FINIELZ