

**EEN STRAFRECHT
VOOR BANK- EN
BEURSVERRICHTINGEN**

**DROIT PÉNAL
DE LA BOURSE
ET DE LA BANQUE**

**L'application des dispositions
pénales générales en
matière bancaire et boursière**

D. Flore

**TBH-dossier n° 4 - 1997
RDC-dossier n° 4 - 1997**

**KLUWER
RECHTSWETENSCHAPPEN
BELGIË**

**KLUWER
ÉDITIONS JURIDIQUES
BELGIQUE**

L'application des dispositions pénales générales en matière bancaire et boursière

Introduction

1 L'objectif du présent article est de dresser un cadre pénal général pour l'approche du droit pénal bancaire et boursier.

Il convient d'en indiquer immédiatement les limites. L'article n'est pas nourri par une connaissance pratique au quotidien des dossiers répressifs dans les domaines bancaire et boursier. Il ne faut pas y chercher de référence précise à des cas concrets déterminés. Il s'agit d'une réflexion sur les concepts applicables à la matière. Première limite donc: cet article sera essentiellement théorique. Par ailleurs, l'article n'entre pas dans la technicité de la matière du droit bancaire ou du droit boursier. D'autres contributions, qui suivent celle-ci dans la présente publication, y sont spécifiquement consacrées. Il s'agit ici de rappeler des règles et des principes de base du droit pénal qui paraissent particulièrement pertinents dans le contexte du droit pénal de la banque et de la bourse. Deuxième limite donc: cet article sera essentiellement général.

2 L'article est divisé en trois parties. Dans une première partie, on rappellera les éléments constitutifs de quelques incriminations du droit pénal commun qui peuvent revêtir une importance particulière dans le secteur bancaire et boursier. On se limitera aux infractions de faux, d'usage de faux et d'escroquerie.

Dans une deuxième partie seront abordées quelques questions pénales générales qui se posent à propos des infractions envisagées dans la première partie comme des infractions financières et boursières en général. Il s'agira en particulier de l'articulation des incriminations de droit commun par rapport aux incriminations spécifiques prévues par des lois spéciales, de la détermination du moment de réalisation de l'infraction et de ses conséquences sur la prescription de l'action publique, de la détermination du lieu de réalisation de l'infraction et de ses conséquences sur la compétence des juridictions belges, de l'imputation de la responsabilité pénale, du concours d'infraction et de l'application des dispositions du livre premier du Code pénal aux incriminations spécifiques prévues par des lois spéciales.

Enfin, dans la mesure où les mondes bancaire et boursier évoluent dans un contexte d'internationalisation croissante, la répression des infractions dans ces domaines ne sera efficace que si elle peut s'organiser à l'échelon international. La troisième partie de l'article évoquera donc quelques aspects de la coopération judiciaire internationale en matière d'infractions financières et boursières. Seront abordées en particulier la question de la détermination des infractions justifiant la coopération, à partir du taux de peine privative de liberté applicable, celle de l'influence éventuelle de l'exception à la coopération pour infractions fiscales et enfin celle de l'exécution internationale de confiscations des avantages patrimoniaux.

Section 1. Les incriminations de base du code pénal

§ 1. Le faux en écritures commis par des particuliers

3 Le faux en écritures est une infraction centrale dans le domaine du droit pénal de la banque et de la bourse, comme d'une manière plus générale dans tous les domaines du droit pénal des affaires. Une infraction dans ces domaines implique en effet la plupart du temps, ou entraîne avec elle, la réalisation d'un faux quelconque, tombant sous le coup des dispositions légales de droit commun des articles 193 et suivants, et en particulier de l'article 196 qui incrimine le faux en écritures commis par des particuliers (ou par des fonctionnaires en dehors de leurs fonctions).

Dans le même temps, l'infraction de faux est une infraction d'une grande complexité, en raison de son champ d'application très large et de son articulation difficile avec l'infraction corollaire d'usage de faux. C'est aussi une infraction à propos de laquelle la jurisprudence est très abondante, sans être ni univoque ni toujours totalement cohérente sur le plan conceptuel.

Elle justifierait par conséquent à elle seule un article entier, voire une monographie. Pour ma part, je me contenterai cependant ici, dans le cadre de l'objet fixé à cette contribution, de rappeler les éléments constitutifs de l'infraction, en indiquant brièvement l'interprétation qu'en donne la jurisprudence, sans toutefois entrer dans le détail des positions controversées à propos de tel ou tel élément. Dans la deuxième partie de l'article, j'envisagerai quelques questions générales qui se posent quant à l'application de cette incrimination.

A. Éléments matériels de l'infraction

4 Trois éléments matériels distincts constituent l'infraction: le fait doit constituer une altération de la vérité par un des modes prévus par la loi, il doit porter sur un écrit protégé par la loi et il doit causer un préjudice ou être la source d'une possibilité de préjudice.

1. Altération de la vérité par un des modes prévus par la loi

5 Premier élément: une altération de la vérité par un des modes prévus par la loi. Une partie de la doctrine considère qu'il s'agit là de deux éléments constitutifs distincts – d'une part une altération de la vérité, d'autre part le recours à un des modes prévus par la loi –, mais il faut considérer que, sur le plan conceptuel, il s'agit bien d'un seul élément constitutif, les modes prévus par la loi étant les moyens de réalisation de l'altération de la vérité.

L'altération de la vérité, c'est l'élément de mensonge qui est introduit dans l'écrit ou généré au moyen de l'écrit. Cette altération peut toucher une partie de l'écrit et constituer une altération d'un écrit qui est un acte vrai ou porter sur l'écrit en tant que tel et consister dans la fabrication d'un acte qui est faux.

On distingue également traditionnellement le faux matériel du faux intellectuel. Dans le premier cas, l'altération de la vérité consiste dans une opération touchant l'instrument, c'est-à-dire l'écrit lui-même, dans sa matérialité. Dans le second cas, l'altération de la vérité concerne le contenu intellectuel de l'instrument, c'est-à-dire les affirmations, déclarations ou constatations qu'il a pour fonction de consigner.

Ces distinctions sont purement conceptuelles et n'entraînent pas l'application de régimes juridiques distincts pour ces différents types de faux.

6 La loi énumère les modes d'altération de la vérité qui sont constitutifs de faux. Les moyens prévus sont nombreux et la jurisprudence leur a donné le champ d'application le plus large. Les modes prévus sont les suivants: tout d'abord les fausses signatures, ensuite la contrefaçon ou l'altération d'écritures ou de signatures, également la fabrication ou l'insertion de conventions, dispositions, obligations ou décharges, et enfin l'addition ou l'altération de clauses, déclarations, faits que ces actes avaient pour objet de recevoir et de constater. A la lumière de la jurisprudence, on peut préciser ces modes d'altération de la manière suivante.

Par fausses signatures, il faut entendre, soit l'imitation par le signataire de la signature d'une autre personne, soit l'invention de la signature d'une personne imaginaire.¹ En ce qui concerne l'imitation de signature, cet élément constitutif ne requiert pas que le faussaire veuille porter préjudice à la personne dont il usurpe la signature², il se réalise même s'il y a consentement de la personne dont la signature est usurpée³ (dans la mesure où la manœuvre frauduleuse qui est mise en œuvre vise une tierce personne). En ce qui concerne l'invention de signature, il faut noter que l'élément constitutif de fausse signature ne requiert pas la constatation préalable que cette signature est celle d'une personne connue.⁴

Par "*contrefaçon ou altération d'écritures ou de signatures*", il faut entendre notamment le grattage ou l'effacement d'une écriture⁵, de même que l'altération de tout caractère graphique de l'écrit, dans la mesure où ces opérations sont intervenues après l'établissement de l'écrit.

Par "*la fabrication ou l'insertion de conventions, dispositions, obligations ou décharges*", est visé notamment le cas où l'une des parties à un acte y insère une clause entre la lecture de l'acte et sa signature, à l'insu de l'autre partie. Est visé également par cette disposition l'abus de blanc-seing (notamment par l'inscription comme bénéficiaire sur un acte dressé en blanc d'une personne autre que le destinataire voulu par le rédacteur de l'acte).⁶ Est encore visée la fabrication de factures fictives, ne correspondant à aucune prestation effective.

Enfin, "*l'addition ou l'altération de clauses, déclarations, faits que ces actes avaient pour objet de recevoir et de constater*" vise en particulier toutes les mentions mensongères contenues dans un acte du fait de l'intention frauduleuse de l'une ou plusieurs des parties à l'acte. Sont visées par cette disposition non seulement les fausses déclarations, mais aussi les omissions⁷, renseignements incomplets et dissimulations⁸ ("*dont le but et le résultat sont de donner à un fait mensonger les apparences de la réalité*", comme le dit la Cour de cassation). Il convient cependant d'observer que toutes les fausses déclarations ne sont pas nécessairement constitutives de faux (v. ce qui est dit des écrits protégés par la loi).

¹ Cass. 10 juin 1940, *Pas.*, I, p. 163.

² Liège, 23 janvier 1950, *J.L.*, 1949-50, p. 169.

³ Tulkens, F., Questions de droit pénal spécial. Les infractions du livre II du Code pénal, in *La protection juridique des intérêts financiers des Communautés européennes*, Tulkens, F., Van den Wyngaert, Ch. et Verougstraete, I., Anvers-Bruxelles, Maklu-Bruylant, 1992, p. 122.

⁴ Cass. 28 avril 1915, *Pas.*, 1915-16, I, p. 263.

⁵ Cass., 30 avril 1962, *Pas.*, I, p. 956.

⁶ Cass. 13 décembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 418.

⁷ Cass., 21 décembre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 405; Cass. 29 octobre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 221.

⁸ Liège, 11 avril 1984, *J.L.*, 1984, p. 266.

2. Dans un écrit protégé par la loi

7 Deuxième élément constitutif de l'infraction: pour être punissable, le faux doit porter sur un écrit protégé par la loi. Deux branches à ce deuxième élément: il doit s'agir d'un écrit; l'écrit doit en outre être protégé par la loi.

8 Par écrit, il y a lieu d'entendre "*tout système de signes graphiques pouvant être lus et compris*". Il faut donc d'abord un système de signes: il peut s'agir de mots, quel que soit le langage utilisé (y compris le langage Braille, ou un langage codé), il peut s'agir de chiffres. Il faut ensuite que ces signes soient lisibles et compréhensibles, c'est-à-dire qu'ils constituent l'expression d'une pensée, qu'ils contiennent un sens. Si l'écrit présente ces caractéristiques, peu importe pour le surplus la forme sous laquelle il se présente: imprimé, manuscrit, photocopie, plaque d'identification, carte, ou même support informatique.⁹ A l'égard de ce dernier support, il y a lieu de préciser qu'il n'est pas requis que l'écrit soit immédiatement et directement lisible sur le plan visuel, mais qu'il peut s'agir d'un support qui n'est lisible que par le recours à un appareillage déterminé.¹⁰

9 Tous les écrits ne sont pas protégés par la loi. Tout d'abord, un écrit ne peut en principe constituer un faux que dans la mesure où il est susceptible de produire des effets juridiques. Pour répondre à cette condition, il n'est pas nécessaire que l'écrit forme un titre, il suffit qu'il puisse servir de preuve, dans une certaine mesure; Sont ainsi protégés par la loi les écrits "*qui s'imposent à la confiance publique de sorte que l'autorité ou les particuliers qui en prennent connaissance ou auxquels ils sont présentés peuvent se convaincre de la réalité de l'acte ou du fait juridique constaté par ces écrits ou sont en droit de leur accorder foi*".¹¹ N'est par contre pas constitutif de faux une fausse déclaration, quand la personne à laquelle elle est faite est en mesure d'en contrôler l'exactitude par ses propres moyens.

Une divergence doctrinale existe sur le fait de savoir si cette condition relative à la portée juridique de l'écrit s'applique à toutes les hypothèses de faux prévues par la loi ou si certaines d'entre elles y échappent par l'effet d'une protection renforcée accordée par la loi. Certains considèrent que la condition s'applique de façon générale.¹² D'autres considèrent au contraire qu'un écrit affecté par une fausse signature, une contrefaçon ou une altération d'écritures ou de signatures, est immédiatement constitutif de faux, et que ce n'est que dans les cas de fabrication de convention, ou d'addition ou d'altération de déclaration que la condition relative à la portée juridique de l'écrit s'y ajoute.¹³

10 Trois types d'écrits sont protégés par la loi: les écritures authentiques et publiques, les écritures de commerce ou de banque et les écritures privées.

⁹ Liège, 26 février 1992, *J.L.M.B.*, 1992, 1346. Dans cet arrêt la Cour considère que "pour être punissable, le faux en écritures doit se produire dans un écrit, quel que soit le procédé mis en œuvre pour sa réalisation. Les données informatiques appelées par l'opérateur sur l'écran de son ordinateur ne sont que des impulsions magnétiques ne constituant pas des écrits au sens de la loi, mais peuvent être l'instrument de leur réalisation; la modification frauduleuse des données ne produira un écrit faux qu'à condition qu'elles soient inscrites sur un support matériel, quel qu'il soit (papier, disquette, disque dur, ...)".

¹⁰ Dupont, L., Valsheid in geschriften in *Bijzonder strafrecht voor rechtspractici*, Leuven, Acco, p. 145, n° 14.

¹¹ Cass., 18 juin 1985, *R.D.P.C.*, 1986, p. 298.

¹² Dupont, L., *o.c.*, p. 147 et 148, n° 17.

¹³ *Les Nouvelles, Droit pénal*, II, n° 1994 à 1997, à la suite de Cornil, L., Le faux par fausse signature, in *R.D.P.*, 1907, p. 365.

Les écritures authentiques sont celles qui émanent d'officiers publics chargés de les dresser (notaires, huissiers). Les écritures publiques sont celles qui sont dressées par une autorité publique ou par un fonctionnaire public (actes politiques, judiciaires ou administratifs).

Les écritures de commerce ou de banque sont celles qui ont pour objet de constater une opération que la loi répute acte de commerce. Tombent notamment sous cette qualification: les bilans et comptes annuels des sociétés commerciales, les livres de commerce, les bordereaux d'achat, les factures, les lettres de change, les traites, les chèques, les ordres de virement.

En ce qui concerne les factures, il faut distinguer plusieurs situations. Conformément à ce qui a été dit plus haut à propos des écrits protégés par la loi, n'est pas constitutive de faux une facture qui contient des mentions fausses quand elle est adressée au client qui peut en vérifier l'exactitude¹⁴, en effet, elle n'acquerra valeur probante qu'après avoir été contrôlée et acceptée par ce dernier. Toutefois, la jurisprudence considère que, dans ce cas, une telle facture peut tout de même constituer un faux lorsque, *"du fait du vendeur, l'acheteur était dans l'impossibilité de contrôler les mentions figurant dans la facture, de telle sorte que l'acheteur devait considérer la facture comme étant exacte"*.¹⁵ Par contre, elle sera dans tous les cas constitutive de faux lorsqu'elle est produite envers un tiers pour en obtenir un avantage¹⁶ (p. ex. pour permettre de tirer des lettres de change).¹⁷

Enfin, les écritures privées sont tous les autres écrits qui, sans constituer des écritures authentiques, publiques, de commerce ou de banque, sont de nature à produire des effets juridiques, c'est-à-dire *"peuvent, par l'usage en vue duquel ils ont été rédigés, porter préjudice aux tiers et entraîner des conséquences à leur égard, et que la collectivité peut les considérer comme véridiques en raison de leur contenu ou de leur forme"*.¹⁸ Cette catégorie, à l'origine résiduaire, a été étendue par la jurisprudence à un point tel que certains auteurs ont été jusqu'à affirmer – non sans ironie – que certains magistrats du parquet pensent découvrir des faux en écritures partout.¹⁹

3. Existence d'un préjudice ou possibilité de préjudice

11 Le troisième élément constitutif matériel de l'infraction est l'existence d'un préjudice ou la possibilité d'un préjudice. Cet élément ne résulte pas directement du texte légal, mais constitue une construction jurisprudentielle.

Il suffit, pour que le faux soit punissable, qu'il soit susceptible de causer un dommage et il n'est pas nécessaire qu'il l'ait réellement causé.²⁰ Ainsi, dès qu'un préjudice est possible, le faux est constitué, même si, dans les faits, la pièce n'a pas été employée effectivement. Le préjudice à prendre en considération peut être à la fois un dommage matériel ou un dommage moral; il peut porter atteinte à la fois à un intérêt public²¹ ou à un intérêt privé.

¹⁴ Liège, 22 mars 1988, *J.L.M.B.*, 1989, p. 518.

¹⁵ Cass., 15 juin 1994, *Pas.*, I, p. 956; Cass., 19 septembre 1995, *I.D.J.*, 1996, I, p. 53.

¹⁶ Cass., 7 mai 1951, *Pas.*, I, p. 599; Cass., 28 novembre 1978, *Pas.*, 1979, I, p. 357.

¹⁷ Gand, 30 juin 1981, *R.W.*, 1984-85, p. 2208.

¹⁸ Cass., 9 février 1982, *Pas.*, I, p. 721.

¹⁹ Vandeplass, A., *Betreffende valsheid in geschrifte en wisselruiterij*, *R.W.*, 1984-85, 2208, cité par Dupont, L., *o.c.*, p. 159, n° 34.

²⁰ Cass., 3 décembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 358.

²¹ Cass., 19 avril 1983, *Pas.*, I, p. 916.

B. Élément moral de l'infraction

1. Un dol spécial: intention frauduleuse ou dessein de nuire

12. L'intention de commettre le fait n'est pas suffisante en matière de faux, la loi requiert en outre un élément intentionnel spécial, qui peut consister soit dans l'intention frauduleuse, soit dans le dessein de nuire (art. 193 Code pénal). Ces deux éléments ne sont pas cumulatifs mais alternatifs.²²

L'intention frauduleuse est "*l'intention de procurer à soi-même ou à autrui un profit ou un avantage illicites*".²³ Trois remarques à ce sujet. Tout d'abord, l'intention frauduleuse n'implique pas nécessairement la présence d'un but de lucre personnel: le préposé qui agit dans l'intérêt de la personne morale qu'il représente est animé de l'intention frauduleuse requise.²⁴ Par ailleurs, constitue le profit ou l'avantage visé par l'intention frauduleuse l'avantage ou le profit "*de quelque nature qu'il soit que l'on n'aurait pas obtenu si la vérité ou l'intégrité des écrits avaient été respectées*".²⁵ Dans le même sens, il y a intention frauduleuse quand une personne fabrique un faux pour établir l'existence de droits qu'elle pense de bonne foi avoir, "*ces droits fussent-ils véritables*".²⁶ Enfin, par avantage, on entend aussi les avantages "négatifs", c'est-à-dire le fait d'éviter des pertes, de se soustraire au paiement de ses dettes, de se mettre à l'abri de poursuites judiciaires ou fiscales.

Le dessein de nuire vise une hypothèse beaucoup plus rare. Il s'agit de la volonté de nuire à une personne physique ou morale déterminée, soit matériellement (en portant atteinte à son patrimoine), soit moralement (en portant atteinte à sa réputation ou à son honorabilité).²⁷

2. Moment de l'appréciation de l'intention

13 Le moment auquel il convient de se placer pour apprécier l'intention requise est celui de la réalisation du faux. Si l'intention n'est pas présente au moment de la réalisation matérielle du faux, celui-ci n'est pas punissable. Si par contre, l'intention, bien qu'étant présente au moment de la réalisation de l'acte, disparaît ultérieurement, le faux reste punissable.

C. Les sanctions

14 Le faux en écritures commis par des particuliers est puni d'une peine criminelle. La peine principale est une peine privative de liberté: la réclusion de cinq à dix ans (art. 196 du Code pénal). Elle est accompagnée d'une amende de 26 à 2.000 francs (art. 214 du Code pénal) soit 5.200 à 400.000 francs, après application des décimes additionnels.

Le juge peut en outre prononcer l'interdiction facultative de l'exercice des droits énumérés à l'article 31 du Code pénal, soit à perpétuité, soit pour une période de 10 à 20 ans.

²² Cass., 25 mai 1983, *Pas.*, I, p. 1073.

²³ Cass., 2 juin 1981, *R.D.P.C.*, 1982, p. 906; Cass., 3 janvier 1984, *Pas.*, I, p. 461.

²⁴ Cass., 25 mai 1983, cité sous la note 19.

²⁵ *Corr. Charleroi*, 25 octobre 1984, *J.T.*, 1984, P. 652.

²⁶ Cass., 13 mars 1996, *R.D.P.C.*, 1996, P. 755.

²⁷ *Les Nouvelles*, Droit pénal, II, n° 1622-1623.

15 Il est par ailleurs important de rappeler l'usage qui peut être fait en cette matière de l'article 42.3° du Code pénal qui porte sur la confiscation spéciale facultative des avantages patrimoniaux tirés de l'infraction. Le juge peut prononcer la confiscation des avantages patrimoniaux tirés directement par le faussaire de l'infraction, de même que des biens qui ont été substitués à ces avantages et des intérêts de ces avantages investis. Ces avantages peuvent également consister en avantages "négatifs" c'est-à-dire en économies réalisées ou en dépenses non effectuées grâce à l'infraction. Le juge peut, si les avantages ne peuvent être trouvés dans le patrimoine du condamné, de même que si les avantages consistent en économies réalisées, procéder à l'évaluation de ces avantages et prononcer une confiscation par équivalent. Enfin, le juge ne doit pas motiver sa décision en constatant que les biens confisqués appartiennent au condamné. Dans l'hypothèse où il constate que ceux-ci appartiennent clairement à une personne préjudiciée par l'infraction, il procède à leur restitution à celle-ci. Par contre, dans les autres cas, il peut confisquer, à charge pour tout tiers qui prétend disposer d'un droit sur la chose, de faire valoir celui-ci devant le juge compétent dans un délai de nonante jours à compter du jour où la condamnation emportant confiscation sera passée en force de chose jugée, délai pendant lequel la confiscation ne peut faire l'objet d'aucune mesure d'exécution.²⁸

16 Pour le surplus, il convient de noter que le faux en écritures fait l'objet dans la quasi-totalité des cas d'une correctionnalisation. Dans ce cas, la peine privative de liberté applicable est l'emprisonnement d'un mois à cinq ans (art. 80 alinéa 3 du Code pénal). L'amende quant à elle ne change pas (art. 83 du Code pénal). En outre, l'interdiction facultative de l'exercice des droits est limitée à un terme de cinq à dix ans (art. 31 et 84 alinéa 2 du Code pénal).

§ 2. L'usage de faux

A. Caractère distinct par rapport à l'infraction de faux

1. L'autonomie relative entre le faux et l'usage de faux

17 La première remarque à faire à propos de l'usage de faux concerne la relation de cette infraction avec celle du faux. Il est clair que cette relation, dans les faits, est très étroite, dans la mesure où, si un faux est réalisé, ce sera en principe pour pouvoir l'utiliser pour en obtenir un avantage quelconque. Néanmoins, il s'agit bien de deux faits distincts, qui présentent leurs caractéristiques propres.

18 Les règles applicables à la relation entre ces deux infractions sont les suivantes.

Tout d'abord, le faux en écritures est une infraction en soi, ce qui signifie qu'il est punissable indépendamment de l'utilisation qui en est faite.²⁹ Même dans l'hypothèse où le faux n'a jamais été utilisé, il est punissable, pour autant que les éléments constitutifs du faux soient présents, et en particulier que le faux ait été réalisé avec une intention frauduleuse ou le dessin de nuire et qu'il soit susceptible *in abstracto* de causer un préjudice.

De la même manière, l'usage de faux est punissable même en l'absence de condamnation pour faux. Ceci vaut notamment pour le cas où l'auteur du faux n'a pu être identifié

²⁸ V. arrêté royal du 9 août 1991, réglant le délai et les modalités du recours des tiers prétendant droit sur une chose confisquée (*M.B.*, 17 octobre 1991).

²⁹ Cass., 20 juin 1961, *Pas.*, I, p. 1155.

ou appréhendé. Ceci vaut également pour le cas où le faux ne tombe pas sous la compétence du juge belge. Ceci vaut encore pour le cas où le faux n'est lui-même pas punissable, parce que la personne qui l'a réalisé n'était pas animée par l'intention frauduleuse requise.³⁰

La doctrine précise en outre que ces deux infractions ne sont pas des formes de participation l'une par rapport à l'autre: le faussaire n'est pas nécessairement complice ou coauteur de l'usage, de même que l'utilisateur du faux n'est ni complice ni coauteur du faussaire.³¹

La doctrine précise encore que le faux ne peut en aucun cas être considéré comme une tentative par rapport à l'usage de faux. Par ailleurs, une tentative d'usage est possible indépendamment de la fabrication du faux.³²

2. Conséquences de ces règles dans l'hypothèse où le faux et l'usage de faux sont le fait de la même personne

19 Dans l'hypothèse où le faux et l'usage de faux sont le fait d'une seule et même personne, la jurisprudence et la doctrine sont divisées quant au régime juridique applicable.³³

Si l'on applique les principes tels qu'ils viennent d'être énoncés au cas où l'auteur du faux est également auteur de l'usage de faux, il faudrait en déduire que, dans ce cas, le faussaire qui utilise le faux commet deux infractions distinctes, mais liées par une intention unique (il s'agirait d'une infraction collective), et qu'il y a lieu d'appliquer l'article 65 du Code pénal.³⁴ Ce point de vue, cohérent par rapport aux principes généraux applicables, est cependant minoritaire.

La solution majoritaire est que, dans le cas où l'auteur du faux utilise l'écriture fausse, cet usage n'est dans son chef que la continuation du faux, dans la mesure où l'usage a été accompli avec la même intention frauduleuse ou dans le même dessein de nuire que la falsification, et la disposition applicable est l'article 196 (faux en écritures) du Code pénal et non l'article 197 (usage de faux).³⁵

Cette divergence est d'abord conceptuelle, mais le choix qui est fait a des implications sur les solutions juridiques qui seront applicables, notamment en ce qui concerne la portée d'une correctionnalisation des faits, de même qu'en matière de prescription de l'action publique.

³⁰ Bruxelles, 25 novembre 1964, *J.L.*, 1964-65, p. 105.

³¹ *Les Nouvelles*, Droit pénal, II, n° 2098 à 2100.

³² Rigaux, M. et Trousse, P., *Les crimes et les délits du Code pénal*, t. III, Bruxelles-Paris, Bruylant - L.G.D.G., 1957, n° 258, 8°.

³³ Tulkens, F. et van de Kerckhove, M., *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, p. 223-224.

³⁴ *Ibidem*, n° 259 à 261; De Nauw, A., Valsheid in geschriften en gebruik ervan door dezelfde persoon is geen voortdurend maar wel een collectief misdrijf, *R.W.*, 1972-73, p. 887-895.

³⁵ Cette solution a été développée par F. Dumon, alors avocat général près la Cour de cassation, dans ses conclusions à l'arrêt du 5 septembre 1957 (*Pas.*, 1958, I., p. 1382), basées en particulier sur les travaux préparatoires du Code pénal; dans ce sens: *Les Nouvelles*, Droit pénal, II, n° 2121; Cass., 13 avril 1953, *Pas.*, 1953, I, p. 611.

B. Éléments matériels de l'infraction

20 L'infraction d'usage de faux comporte trois éléments constitutifs matériels: l'existence d'un faux en écritures, un fait d'usage et l'existence d'un préjudice ou la possibilité de préjudice.

Le premier élément constitutif n'appelle pas d'observation particulière. Il est évident que l'usage d'un faux requiert l'existence d'une écriture fautive. Si une pièce utilisée n'est pas affectée par une altération visée par la loi, son usage ne peut être répréhensible en tant que tel.

Le deuxième élément constitutif est l'existence d'un fait d'usage. La loi ne définit pas les faits qui sont constitutifs d'usage, il appartient donc au juge du fond d'apprécier souverainement les faits qui constituent cet usage.³⁶ Il a notamment été jugé que constitue un usage de faux le fait d'émettre des titres de crédit ou de vendre des actions d'une société dont l'acte constitutif est un faux.

Le troisième élément constitutif – l'existence d'un préjudice ou la possibilité d'un préjudice – a le même contenu que pour le faux en écritures lui-même.

C. Élément moral

21 L'élément moral requis est le même que pour le faux. Un dol spécial est exigé, qui consiste soit dans l'intention frauduleuse, soit dans le dessein de nuire. La connaissance de la falsification de l'écrit dont il a été fait usage est une condition nécessaire à la punissabilité, mais la simple connaissance ne suffit pas.

Comme en ce qui concerne le faux, l'intention s'apprécie au moment de l'usage. L'engagement ultérieur de réparer le préjudice causé par l'usage du faux est sans incidence³⁷, s'il est établi que l'intention frauduleuse ou le dessein de nuire étaient présents au moment de l'acte.

D. Sanctions

22 L'usage de faux est puni de la même manière que le faux.

§ 3 L'escroquerie

23 A côté du faux en écritures et de l'usage de faux, l'escroquerie (art. 496 du Code pénal) est une infraction caractéristique du droit pénal des affaires et du droit pénal bancaire et boursier. Elle présente d'ailleurs avec cette première infraction un certain nombre de similitudes en ce qui concerne ses éléments constitutifs. En outre, dans la pratique, ces diverses infractions se présentent fréquemment en liaison l'une par rapport à l'autre.

³⁶ Cass., 5 décembre 1949, *Pas.*, 1950, I, p. 214.

³⁷ Cass., 3 décembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 358.

A. Éléments constitutifs matériels de l'infraction

24 L'incrimination d'escroquerie comporte deux éléments matériels: d'une part une tromperie, d'autre part la remise d'un bien par la personne faisant l'objet de cette tromperie.

1. Tromperie

25 La loi exige la présence d'un acte destiné à tromper autrui: il s'agit soit de l'usage de faux nom ou de fausse qualité, soit de manœuvres frauduleuses, dans des buts déterminés par la loi.

La loi fait une distinction entre l'usage de faux nom ou de fausse qualité et les manœuvres frauduleuses, même si on peut considérer, sur le plan conceptuel, que l'usage de faux nom ou de fausse qualité constitue déjà en soi une manœuvre frauduleuse.

Ces différents modes de tromperie sont alternatifs. Ainsi, l'usage d'un faux nom est suffisant pour constituer l'infraction, même s'il n'est pas accompagné par l'usage d'une fausse qualité pour l'accréditer ou par l'emploi de manœuvres frauduleuses.³⁸

En ce qui concerne l'usage de faux nom ou de fausse qualité, ces modes ne sont constitutifs d'escroquerie que s'ils ont été utilisés en vue de tromper autrui et qu'ils aient été la cause déterminante de la remise du bien.³⁹

En ce qui concerne les manœuvres frauduleuses, la jurisprudence les définit comme le recours à une machination, à des artifices ou à une mise en scène ayant pour but et pour résultat de tromper autrui. Elles peuvent consister en un ensemble de faits dont chacun n'est qu'un élément de la manœuvre frauduleuse et ne réunit pas à lui seul tous les caractères d'une manœuvre frauduleuse.⁴⁰ Elles doivent également avoir été déterminantes de la remise du bien.⁴¹

Un simple mesonge, une allégation mensongère ou une promesse fallacieuse ne constituent pas, à eux seuls, une manœuvre frauduleuse au sens de l'article 496 du Code pénal.⁴² Par contre, ils peuvent être des éléments qui, en se combinant à d'autres éléments, peuvent constituer ensemble la manœuvre frauduleuse requise.

Dernière caractéristique essentielle pour qu'il s'agisse d'escroquerie: les manœuvres frauduleuses doivent être antérieures à la remise du bien.⁴³

26 La loi précise par ailleurs les buts que doivent poursuivre les manœuvres frauduleuses pour être constitutives d'escroquerie. Ces buts sont de persuader de l'existence de fausses entreprises, de persuader de l'existence d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, de faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident, d'abuser autrement de la confiance ou de la crédulité. Ces buts sont très larges et couvrent une gamme très variée de situations.

³⁸ Cass., 18 octobre 1947, *Pas.*, I, p. 412.

³⁹ Cass., 16 décembre 1957, *Pas.*, 1958, I, p. 415.

⁴⁰ Cass., 5 janvier 1953, *Pas.*, I, p. 293; Cass., 20 janvier 1969, *Pas.*, I, p. 459.

⁴¹ Cass., 25 octobre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 198.

⁴² Cass., 6 février 1985, *J.T.*, 1985, p. 316.

⁴³ Gand, 19 juin 1962, *J.T.*, 1962, p. 584 (indication de fausse adresse après livraison); Corr. Liège, 30 avril 1979, *J.L.*, 1979, p. 428 (inexécution ultérieure d'un contrat signé par la victime en connaissance de cause, après versement d'un acompte); Anvers, 16 mars 1990, *R.W.*, 1991-92, p. 47 (remise de chèques sans provision après l'octroi d'un crédit).

Sont notamment couvertes par la notion de manœuvres frauduleuses pour persuader de l'existence de fausses entreprises les ventes en chaîne (en boule de neige).

Sont par ailleurs couvertes par la notion de manœuvres frauduleuses pour persuader de l'existence d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire la remise d'un chèque sans provision⁴⁴, la présentation à cette occasion d'une carte de banque garantissant un crédit imaginaire⁴⁵, la remise d'un ordre de paiement adressé à une banque alors qu'il n'existe pas de couverture suffisante pour honorer l'ordre⁴⁶, l'émission d'une lettre de change dont on sait qu'elle ne pourra être payée à échéance afin de se faire remettre une marchandise.⁴⁷

Parmi les autres façons d'abuser de la confiance ou de la crédulité, notons le recours à l'intervention de tiers. C'est le cas lorsque les allégations mensongères sont confirmées par un tiers apparemment désintéressé.⁴⁸ C'est le cas également lorsqu'il y a recours à des prête-nom.⁴⁹

Il est enfin à noter que l'usage d'un faux peut constituer une manœuvre frauduleuse au sens de l'article 496 du Code pénal.⁵⁰

2. La remise d'un bien par la personne faisant l'objet de la tromperie

27 Pour qu'il y ait escroquerie, il faut que les manœuvres frauduleuses aient déterminé la remise par la personne trompée de la chose qui est l'objet du délit. Deux éléments sont donc requis: l'existence d'une personne trompée, la remise effective d'un bien.

28 Existence d'une personne trompée tout d'abord. Il peut s'agir d'une personne physique comme d'une personne morale. L'escroquerie s'apprécie par rapport aux spécificités de la personne trompée, c'est-à-dire par rapport à son degré de confiance et de crédulité, en tenant compte notamment de ses éventuelles déficiences mentales.⁵¹

Il n'y a par contre pas d'escroquerie à l'égard d'une machine, d'un appareil électronique ou informatique: on ne peut abuser de la confiance ou de la crédulité d'une machine, qui par hypothèse n'en a pas.⁵²

29 Deuxième élément: la remise. Celle-ci doit être effective. En cas de contrat d'achat, il a cependant été jugé que la remise du contrat à l'auteur de l'infraction et non de la chose visée par le contrat est suffisante pour que l'escroquerie soit réalisée.⁵³ Dans le même sens, il a récemment été jugé que "s'agissant d'une ouverture de crédit, le fait que le donneur de crédit ne soit tenu d'octroyer effectivement les crédits que lorsque le bénéficiaire y a recours, n'exclut pas que le délit d'escroquerie puisse être consommé par le fait même de l'octroi de l'ouverture de crédit."⁵⁴ La remise ne doit pas être faite par la victime elle-même.⁵⁵ Elle ne doit pas non plus nécessairement être faite à l'auteur

⁴⁴ Cass., 4 novembre 1974, *Pas.*, 1975, I, p. 265.

⁴⁵ Corr. Bruxelles, 29 avril 1971, *J.T.*, 1973, p. 237.

⁴⁶ Cass., 30 mai 1988, *Pas.*, I, p. 1166.

⁴⁷ Cass., 15 mars 1988, *Pas.*, I, p. 849.

⁴⁸ Bruxelles, 17 décembre 1970, *Pas.*, 1971, II, p. 84.

⁴⁹ Liège, 11 avril 1984, *J.L.*, 1984, p. 266.

⁵⁰ Cass., 20 décembre 1965, *Pas.*, 1966, I, p. 542.

⁵¹ Corr. Charleroi, 14 juin 1977, *J.T.*, 1978, P. 335.

⁵² Corr. Liège, 22 mars 1982, *J.L.*, 1982, p. 319.

⁵³ Cass., 23 septembre 1907, *Pandectes*, 1908, n° 311.

⁵⁴ Cass., 5 avril 1996, *R.D.P.C.*, 1996, p. 634.

⁵⁵ Cass., 22 mai 1922, *Pas.*, I, 317.

de l'infraction.⁵⁶ Une fois que la remise est intervenue, la restitution ultérieure de la chose à la victime ne supprime pas l'infraction.

B. Élément moral de l'infraction

30 Comme le faux en écritures, l'escroquerie est une infraction qui requiert une intention spéciale. L'auteur du fait doit être animé d'une intention frauduleuse: celle-ci consiste dans le but de s'approprier une chose appartenant à autrui pour en disposer.⁵⁷ Peu importe cependant que l'appropriation se fasse à l'avantage personnel de l'auteur de l'infraction ou à l'avantage d'une autre personne.⁵⁸

En ce qui concerne la réalisation du but poursuivi par l'auteur, il est important de noter qu'il n'est pas nécessaire que le préjudice causé à la victime par la réalisation de l'infraction soit égal à la valeur de la chose qui a été remise. Il n'est même pas nécessaire que la remise de la chose ait effectivement causé un dommage à celui qui l'a remise.⁵⁹

C. Sanctions

31 L'escroquerie est punie d'un emprisonnement d'un mois à 5 ans et d'une amende de 26 à 3.000 francs (art. 496, alinéa 1 du Code pénal) soit 5.200 à 600.000 francs après application des décimes additionnels. Cette peine peut être accompagnée d'une interdiction facultative de l'exercice des droits visés à l'article 31 du code pénal, pour un terme de 5 à 10 ans (art. 33 en 496 dernier alinéa du Code pénal).

D. La tentative d'escroquerie

32 L'escroquerie étant un délit, la tentative ne peut en être punissable que si le législateur l'a expressément prévu, ce que le codificateur de 1867 n'avait pas fait. Pendant longtemps, la tentative d'escroquerie est restée de ce fait impunie. La raison semble en être qu'il était considéré que, vu ses éléments constitutifs, l'escroquerie impliquait qu'elle soit réalisée pour que le fait soit infractionnel. Or la pratique a montré que, fréquemment, des manœuvres frauduleuses n'aboutissent pas, pour des raisons variées, alors que pourtant l'intention frauduleuse est bien présente et que des manœuvres parfois très élaborées ont été mises en œuvre. La jurisprudence a essayé d'étendre la notion de remise pour couvrir des situations de ce type, mais la formulation de l'incrimination empêchait d'aller très loin dans ce sens. C'est la raison pour laquelle le législateur s'est enfin décidé à combler cette lacune par une loi du 16 juin 1993. Les tentatives d'escroquerie postérieures au 3 août 1993 (date d'entrée en vigueur de cette loi) sont dès lors punissables.

La sanction est l'emprisonnement de huit jours à trois ans et une amende de 26 à 2.000 francs (art. 496 alinéa 2 du Code pénal) soit 5.200 à 400.000 francs après application des décimes additionnels. Cette peine peut être accompagnée d'une interdiction facultative de l'exercice des droits visés à l'article 31 du Code pénal, pour un terme de 5 à 10 ans (art. 33 et 496 dernier alinéa du Code pénal).

⁵⁶ Cass., 30 juin 1975, *Pas.*, I, 1057.

⁵⁷ Cass., 25 janvier 1984, *Pas.*, I, 565.

⁵⁸ Cass., 26 juin 1973, *Pas.*, I, 1004.

⁵⁹ Cass., 8 mars 1965, *Pas.*, I, 699; Gand, 17 octobre 1966, *R.W.*, 1966-67, 1095.

Section 2. Questions de droit pénal général

§ 1. L'articulation des incriminations générales par rapport aux incriminations spécifiques prévues par des lois spéciales

A. Cas où l'incrimination spécifique renvoie à l'incrimination générale

33 Dans certains cas, la loi spéciale assimile des faits déterminés à une infraction du code et renvoie à celle-ci pour la détermination de la peine. C'est le cas par exemple dans la loi du 4 décembre 1990 relative aux opérations financières et aux marchés financiers ou dans celle du 6 avril 1995 relative aux marchés secondaires, au statut des entreprises d'investissement et à leur contrôle, aux intermédiaires et conseillers en placements. Dans ces deux lois, est assimilé à l'escroquerie le fait de procéder à des opérations déterminées à un prix ou à des conditions manifestement hors de proportion avec la valeur réelle de ces instruments, en abusant de la faiblesse ou de l'ignorance d'autrui (art. 214 de la première loi qui concerne le commerce des devises et art. 148, §1, de la seconde loi, qui concerne les transactions sur instruments financiers). Dans ce cas, le régime juridique applicable sera celui de l'escroquerie et les peines celles prévues par l'article 496 du Code pénal.

B. Cas où l'incrimination spécifique crée un régime spécifique

34 Dans d'autres cas, la loi spéciale crée un régime spécifique applicable à l'infraction. Dans ce dernier cas, la solution qui doit prévaloir est celle de la primauté de l'incrimination spécifique sur l'incrimination générale (par application du principe selon lequel la loi spéciale déroge à la loi générale). Ce sera donc la peine prévue par la loi particulière qui sera applicable.⁶⁰

Toutefois, il existe une jurisprudence en ce sens contraire qui, plutôt que d'appliquer ce principe, fait application des règles du concours, en particulier de l'article 65 du Code pénal qui impose de retenir l'incrimination assortie de la peine la plus forte.⁶¹⁻⁶²

35 Se pose dans ce cas la question de savoir ce qu'il convient d'entendre par la peine la plus forte. En ce qui concerne le concours matériel d'infractions, l'article 63 du Code pénal indique que la peine la plus forte est celle dont la durée est la plus longue, ce qui veut dire que la gravité de la peine s'apprécie d'abord à la peine privative de liberté prévue. La jurisprudence applique la même règle en ce qui concerne le concours idéal prévu par l'article 65. L'amende est par contre toujours considérée comme une peine moins forte que l'emprisonnement. A durée d'emprisonnement égal, c'est la peine d'amende la plus élevée qui détermine la peine la plus forte.

Il est à noter que cette règle peut avoir un effet pervers dans le domaine du droit pénal financier et boursier. En effet, dans ces domaines, les sanctions pénales spécifiques prévues comportent des peines privatives de liberté assez peu élevées (un ou deux ans

⁶⁰ En matière de faux, v. Cass., 5 février 1973, *Pas.*, I, 535; Cass., 29 février 1984, *Pas.*, I, 751.

⁶¹ Cass., 28 septembre 1982, *Pas.*, 1983, I, 132; Cass., 29 mars 1983, *Pas.*, I, 813.

⁶² V. aussi ci-dessous §4.

d'emprisonnement) et des amendes dont les montants sont au contraire souvent importants (un maximum de 50.000 francs – soit 10.000.000 francs après application des décimes additionnels) alors que les infractions du Code pénal sont punies de peines privatives de liberté fortes, mais d'amendes comparativement peu élevées (2.000 francs – soit 25 fois moins que ce qui est prévu par les lois particulières). On peut prendre l'exemple d'une infraction à la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation qui sanctionne celui qui fait signer en blanc ou antidate des offres et contrats (art. 101, § 1^{er}). Cette infraction concerne une forme de faux, mais il s'agit ici d'un délit qui est puni d'un emprisonnement de 8 jours à un an et d'une amende de 26 à 50.000 francs, alors que le faux est un crime punissable de la réclusion de 5 à 10 ans (ou d'un emprisonnement d'un mois à cinq ans en cas de correctionnalisation) et d'une amende de 26 à 2.000 francs ...

Autre conséquence non négligeable de l'application de l'article 65 du Code pénal, si la peine applicable est celle du Code pénal et non celle de la loi particulière, cela aura pour conséquence que les éventuelles dispositions qui rendent les personnes morales civilement responsables des sanctions patrimoniales imposées aux personnes physiques qui en dépendent⁶³ ne seront pas d'application à l'amende qui sera prononcée.

36 Il faut pour le surplus mentionner que, dans certains cas, la loi particulière règle la question de la relation entre l'incrimination spécifique et l'incrimination générale, en prévoyant que l'incrimination spécifique s'applique "*sans préjudice de l'application des peines plus sévères prévues par le Code pénal*". Se repose cependant également dans ce cas le problème qui vient d'être évoqué à propos de ce qu'il convient d'entendre par la peine la plus sévère.

C. Le concours idéal d'infractions

37 Ce qui vient d'être dit concerne le cas où une incrimination spécifique vient doubler une incrimination générale. Il convient de préciser par contre que, lorsqu'un même fait constitue plusieurs infractions, il n'y a pas de controverse possible et il y a lieu d'appliquer l'article 65 du Code pénal (v. ci-dessous §4). C'est le cas par exemple d'une vente par chaîne (vente en boule de neige) qui constitue à la fois une escroquerie et une infraction à la loi sur les pratiques du commerce. La remarque sur la détermination de la peine la plus forte vaut également à l'égard de cette hypothèse.

§ 2. La détermination du moment de réalisation de l'infraction et ses conséquences sur la prescription de l'action publique

38 La détermination du moment où l'infraction est consommée est essentielle pour savoir à quel moment prend cours le délai de prescription de l'action publique et par voie de conséquence jusqu'à quel moment les poursuites seront possibles à l'égard du fait visé.

Pour déterminer ce moment, la doctrine établit une distinction entre les infractions instantanées et les infractions continues. L'infraction instantanée est celle qui se réalise entièrement par l'acte ou l'omission.⁶⁴ "*Le moment déterminant est l'acte, indépendamment de ses conséquences*". L'infraction continue consiste par contre dans la création

⁶³ V. ci-dessous au §4, B.

⁶⁴ Tulkens, F., et van de Kerckhove, M., *o.c.*, p. 221.

d'une situation infractionnelle qui dure ("*la création et le maintien d'une situation délictueuse*"⁶⁵). Dans le premier cas, la prescription commence à courir dès que les éléments constitutifs matériels sont réunis. Par contre, dans le second cas, elle commence à courir lorsque la situation infractionnelle prend fin.⁶⁶

A. Faux et usage de faux

39 En ce qui concerne l'infraction de faux et d'usage de faux, le caractère instantané ou continu de l'infraction fait l'objet de discussion. En principe, il faut considérer qu'à la base, le faux est une infraction instantanée qui se consomme au moment où l'altération de la vérité se produit matériellement dans l'écrit.⁶⁷ Elle peut cependant devenir une infraction continue – une certaine doctrine parle d'infraction continuée⁶⁸ – lorsque l'auteur du faux utilise le faux, l'usage de faux étant dans ce cas, comme on l'a indiqué précédemment, la continuation du faux. Quant à l'usage de faux, l'infraction est elle aussi en principe instantanée, mais elle peut être continue, en fonction des modalités de l'usage qui en est fait.

40 Compte tenu de ce qui a été dit sur la relation entre les infractions de faux et l'usage de faux, il convient de distinguer deux hypothèses: d'une part, celle où l'auteur du faux est différent de l'auteur de l'usage de faux, d'autre part, celle où l'auteur du faux est également l'auteur de l'usage de faux.

1. Cas où l'auteur du faux est différent de l'auteur de l'usage de faux

41 La jurisprudence considère que l'auteur d'un faux en écritures est pénalement responsable d'un usage de ce faux qui est la continuation normale, voulue ou prévue par lui, du faux qu'il a commis, même si le fait d'usage a été accompli par un tiers ayant agi sans connivence avec l'auteur du faux ou dans l'ignorance que la pièce était fautive. Par conséquent, la prescription de l'action publique ne commence à courir à l'égard de l'auteur du faux qu'à partir du dernier fait d'usage.⁶⁹

2. Cas où l'auteur du faux est également l'auteur de l'usage de faux

42 Dans le cas où l'auteur du faux est également l'auteur de l'usage de faux, dans la mesure où l'usage de faux est considéré comme la continuation du faux, la prescription de l'action publique à l'égard du faux initial ne commence à courir qu'à partir du dernier fait d'usage.⁷⁰

La notion d'usage n'implique pas nécessairement qu'il y ait un acte positif déterminé de la part de l'auteur du faux. La jurisprudence considère traditionnellement que "*l'usage de faux se continue, même sans fait nouveau de l'auteur du faux et sans intervention itérative de sa part, tant que le but qu'il visait n'est pas entièrement atteint et tant que l'acte initial qui lui est reproché achève d'engendrer à son profit, sans qu'il s'y oppose,*

⁶⁵ Hennau, Ch., et Verhaegen, J., *Droit pénal général*, Bruylant, Bruxelles, 1991, p. 49.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 212.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 213.

⁶⁸ Cette conclusion est contestée par Dupont, L., *o.c.*, n° 84, p. 181, même s'il reconnaît les conséquences juridiques qui découlent du fait que le faux et l'usage avec la même intention soient considérées comme une seule infraction.

⁶⁹ Cass., 9 février 1982, *Pas.*, I, p. 724.

⁷⁰ Cass., 29 octobre 1980, *Pas.*, I, p. 253.

l'effet utile qu'il en attendait".⁷¹ Ceci ne vaut cependant que dans l'hypothèse où "*les effets utiles que l'acte continue de produire sont le résultat du faux*".⁷²

Un exemple de ce caractère continu est celui du document faux dans la comptabilité d'une entreprise. Il produit son effet utile tant qu'il subsiste dans la comptabilité, tant qu'il n'en est pas retiré et tant que les comptes ne sont pas rectifiés. Il se perpétue dans l'établissement du bilan, ainsi que dans tous les comptes et bilans ultérieurs qui s'enchaînent les uns aux autres en s'appropriant les éléments faux des bilans précédents.⁷³

Par contre, s'il n'y a pas d'usage effectif, la seule possibilité d'un usage n'implique pas la continuation du faux. La jurisprudence considère à cet égard qu'il est requis que l'acte soit utilisé dans le but de donner quelque effet aux faux qu'il contient.⁷⁴

3. Moment où l'usage de faux prend fin

43 La jurisprudence s'est efforcée de dégager des circonstances qui mettent définitivement fin à l'usage de faux et qui constituent donc le moment certain du départ de la prescription de l'action publique.

44 Premier type de situation envisagée: c'est le cas où l'usage de faux a entièrement épuisé son effet utile ou bien n'est plus en mesure d'atteindre l'effet visé. C'est le cas notamment du faux auquel son auteur ne peut plus donner aucun effet après la faillite de son entreprise.⁷⁵ C'est le cas aussi lorsque les pièces fausses ont été saisies.⁷⁶

45 Deuxième type de situation envisagée: c'est le cas où l'effet utile visé par le faux a été définitivement obtenu par une autre voie, par exemple par un acte de l'autorité publique ou par un acte juridique privé qui donne une base juridique suffisante pour l'avantage obtenu indûment.

Lorsqu'un acte de l'administration est obtenu par le seul fait d'un faux, la jurisprudence est cependant divisée sur le fait de savoir si l'infraction est définitivement consommée au jour où l'acte administratif est pris ou s'il se perpétue tant que l'auteur du faux profite des avantages découlant de la situation illicitement régularisée (c.-à-d. jusqu'à la découverte du faux).⁷⁷

Dans le cas de faux et usage de faux pour obtenir un prêt, la jurisprudence est également partagée sur le fait de savoir si l'infraction est définitivement consommée au moment de la conclusion du contrat de prêt, ou si le faux sort au contraire un effet utile et se perpétue donc jusqu'au moment du remboursement intégral du prêt, même si l'auteur du faux n'accomplit plus aucun acte touchant au faux à partir de la conclusion du contrat.⁷⁸

En ce qui concerne l'établissement de l'impôt, la jurisprudence considère que l'usage perdure jusqu'à l'"établissement définitif de l'impôt" ou l'"enregistrement définitif de la cotisation".⁷⁹

⁷¹ Cass., 1^{er} février 1984, *Pas.*, I, p. 617.

⁷² Cass., 16 mai 1978, *Pas.*, I, p. 1045.

⁷³ Cass., 1^{er} décembre 1958, *Pas.*, 1959, I, p. 323; Cass., 1^{er} février 1984, précité.

⁷⁴ Cass., 4 mars 1986, *Pas.*, I, p. 834.

⁷⁵ Liège, 18 mars 1987, *J.L.M.B.*, 1987, 1183.

⁷⁶ Liège, 17 novembre 1983, *J.L.*, 1984, 86.

⁷⁷ Cass., 11 janvier 1959, *Pas.*, 1960, I, p. 523; *contra*: Liège, 26 juin 1958, *J.L.*, 1958-59, 73.

⁷⁸ Corr. Liège, 12 octobre 1961, *J.L.*, 1961, 67; *contra*: Anvers, 10 décembre 1986, *J.T.*, 1988, p. 308.

⁷⁹ Cass., 19 avril 1994, *Pas.*, I, p. 382; Cass., 23 juin 1995, *F.J.F.*, 1996, 46.

46 Troisième type de situation identifiée par la jurisprudence: le faux ne se perpétue pas contre la volonté de son auteur. Si l'auteur du faux a essayé d'en empêcher ultérieurement l'usage, cet usage par un tiers ne pourra être considéré dans le chef de l'auteur du faux comme la continuation de l'infraction.⁸⁰ Ceci vaut aussi dans le cas où l'usage ultérieur du faux n'a tout simplement pas été voulu ou prévu par l'auteur de faux. Dans ces cas, la prescription commence à courir du jour de la réalisation du faux. Dans le même sens, les aveux faits par l'auteur d'un faux dans le cadre d'une instruction indiquent sa volonté que le faux ne produise plus d'effet utile à son profit à partir de ce moment. C'est donc ce moment qui doit être pris comme point de départ de la prescription.⁸¹ Il faut noter toutefois que la Cour de cassation, dans un arrêt récent, a considéré que l'aveu n'était pas déterminant pour l'appréciation du moment où l'infraction prend fin.⁸²

B. Escroquerie

47 La détermination du moment de l'infraction est beaucoup plus simple en ce qui concerne l'escroquerie. Il s'agit d'une infraction instantanée qui est consommée au moment de la remise du bien. Peu importe en l'occurrence que les manœuvres frauduleuses aient été commises antérieurement, se soient étalées sur une période de temps prolongée avant la remise du bien.

Il y a lieu de noter toutefois qu'on admet, dans le cas où des manœuvres postérieures à la remise du bien ont eu pour but et pour effet de persuader la victime de la sincérité des actes accomplis, que celles-ci ont été déterminantes, avec d'autres, de l'escroquerie et qu'elles ont consommé le délit. Dans ce cas, la prescription de l'action publique peut prendre comme point de départ la dernière de ces manœuvres.⁸³

§ 3. La détermination du lieu de réalisation de l'infraction et ses conséquences sur la compétence des juridictions belges

48 La détermination du lieu de réalisation de l'infraction est importante pour déterminer la compétence des juridictions belges pour juger le fait, et éventuellement les modalités de l'exercice de cette compétence. Vu le caractère international que présentent de très nombreuses opérations financières et boursières et vu le recours de plus en plus généralisé aux réseaux de télécommunication pour la réalisation de telles opérations, la question de la localisation des infractions se pose de façon particulièrement aiguë dans ce domaine.

Cette question est liée à la précédente. En effet, pour déterminer le lieu de l'infraction, il faut au préalable savoir à quel moment l'infraction est réputée avoir été commise. En cas d'infraction instantanée, c'est l'instant de réalisation de l'infraction qui détermine le lieu de l'infraction. Par contre, pour une infraction continue, c'est toute la durée pendant laquelle se perpétue l'infraction qui permet de déterminer le ou les lieux où elle est réputée avoir été commise.

⁸⁰ Cass., 9 février 1982; Cass., 1^{er} février 1984, précités.

⁸¹ Anvers, 27 septembre 1978, *Rev. Prat. Soc.*, 1979, p. 150.

⁸² Cass., 16 octobre 1996, *J.T.*, 1997, p. 221, dans lequel la Cour de cassation considère que "la seule circonstance que l'auteur entre en aveux sur l'existence du faux commis par lui ne saurait suffire à mettre un terme à l'usage de ce faux (...)".

⁸³ Cass., 17 février, *Pas.*, I, p. 713.

49 On distinguera deux hypothèses: tout d'abord celle dans laquelle le fait est réputé être commis en Belgique, ensuite celle où le fait a été commis exclusivement à l'étranger.

A. Compétence territoriale

50 Le droit pénal est gouverné par le principe de la territorialité. L'article 3 du Code pénal dispose que "*l'infraction commise sur le territoire du royaume, par des belges ou par des étrangers, est punie conformément aux dispositions des lois belges*". La loi ne donne cependant pas de critère de localisation de l'infraction.⁸⁴ Pour déterminer si l'infraction a été commise en Belgique, la jurisprudence applique la théorie dite de l'ubiquité objective, en vertu de laquelle il suffit qu'un élément constitutif de l'infraction soit commis en Belgique pour que l'infraction soit réputée commise dans son entièreté en Belgique.⁸⁵

Il convient de remarquer que, même si l'application d'une telle théorie constitue une extension de la notion de territorialité, elle est cependant beaucoup plus limitée que les principes retenus par d'autres droits européens en la matière, tels que la théorie de l'ubiquité subjective – ou théorie des effets – selon laquelle une infraction est réputée commise sur le territoire d'un Etat si elle a produit ses effets sur son territoire où si l'intention des auteurs était qu'elle en produise sur son territoire.⁸⁶

51 Appliquée aux infractions qui ont été examinées, cette théorie entraîne les conséquences suivantes.

En ce qui concerne le faux et l'usage de faux, si l'auteur d'un faux commis à l'étranger fait usage du faux en Belgique, le faux est réputé commis en Belgique, dans la mesure où l'usage en est la continuation. Il en va ainsi notamment en cas d'usage devant un tribunal de commerce belge de documents falsifiés à l'étranger. Il en va également ainsi en cas de faux bilan, même si le conseil d'administration l'a arrêté à Paris, dans la mesure où il a été adopté par une assemblée générale en Belgique et où il a été déposé au greffe et publié en Belgique.⁸⁷

En ce qui concerne l'escroquerie, elle se commet tant au lieu où les manœuvres se sont produites qu'au lieu de la remise du bien faisant l'objet de l'infraction.⁸⁸ Il n'est donc pas requis que la remise ait lieu en Belgique pour qu'on considère que l'infraction a été commise en Belgique. Par contre, dans l'hypothèse où la remise a lieu à l'étranger, il est indifférent que l'intention des auteurs de l'infraction ait été de faire parvenir le bien en Belgique.⁸⁹ L'infraction est consommée dès que la remise a lieu, c'est-à-dire dès que l'auteur de l'infraction est mis en possession de la chose de manière à pouvoir en disposer librement.

Quand l'escroquerie consiste dans l'émission d'un chèque sans provision, la jurisprudence considère que lorsque le chèque sans provision est émis à l'étranger, mais tiré sur

⁸⁴ Tulkens, F., et van de Kerchove, M., *o.c.*, p. 148 à 151.

⁸⁵ Spreutels, J.P., Les infractions internationales. Développements récents du droit pénal des affaires, dans *Le risque pénal dans la gestion des entreprises*, Bruxelles, Story-Scientia, 1992, p. 124 et 125.

⁸⁶ *Compétence extraterritoriale en matière pénale*, Rapport, Conseil de l'Europe, Affaires juridiques, Strasbourg, 1990, p. 8.

⁸⁷ Corr. Bruxelles, 20 février 1987, *Rev. prat. soc.*, 1987, p. 158.

⁸⁸ Spreutels, J.P., Escroquerie, chèque sans provision et compétence territoriale, *R.D.P.C.*, 1981, p. 237.

⁸⁹ Cass., 14 juin 1988, *Pas.*, I, p. 1222.

une banque belge, l'infraction a lieu en Belgique, dans la mesure où l'absence de provision est un des éléments de l'infraction.⁹⁰

Enfin, en ce qui concerne la situation des participants à l'infraction, la règle est que les faits de participation commis à l'étranger à propos d'une infraction commise en Belgique tombent sous la compétence territoriale du juge belge. Par contre, si ce sont les faits de participation qui ont été commis en Belgique, alors que l'infraction a été commise à l'étranger, le juge belge n'est pas compétent – sur la base de la compétence territoriale – pour connaître des faits.

B. Compétence extraterritoriale

52 En dehors des cas où l'infraction peut être rattachée au territoire belge par le biais de l'application de la théorie de l'ubiquité objective, le juge belge peut toutefois être compétent pour connaître de l'infraction commise à l'étranger, mais uniquement dans les cas déterminés par la loi. C'est l'article 4 du Code pénal qui contient le principe. Ce sont principalement les articles 6 à 12*bis* du titre préliminaire du code de procédure pénale qui règlent les cas dans lesquels les poursuites peuvent avoir lieu en Belgique pour des faits commis à l'étranger.

La compétence donnée aux autorités belges est toujours facultative. Pour la majorité des infractions – et en tout cas pour celles qui nous occupent –, la loi subordonne de plus les poursuites à plusieurs conditions: la première relative à la double incrimination, la deuxième relative à l'existence d'un acte susceptible de mettre en mouvement l'action publique en Belgique, la troisième relative à la présence de l'auteur présumé en Belgique.

1. Les conditions relatives à la double incrimination

53 Pour pouvoir donner lieu à poursuite en Belgique, le fait doit être constitutif d'infraction dans l'Etat sur le territoire duquel il a été commis. Le degré d'exigence varie en fonction de la nationalité de l'auteur et de la victime de l'infraction. Si l'auteur est belge, il suffit que le fait soit un crime ou un délit en Belgique. Si l'auteur est étranger, il faut que le fait soit un crime en Belgique et qu'il soit punissable dans l'Etat sur le territoire duquel il a été commis d'une peine privative de liberté dont le maximum dépasse cinq ans, et qu'il ait été commis contre un Belge.

2. L'exigence de la plainte de la partie lésée ou de l'avis officiel de l'autorité étrangère

54 Si l'infraction est commise contre un Belge, les autorités judiciaires belges peuvent exercer l'action publique d'initiative, que l'auteur soit belge ou étranger. Par contre, si la victime est étrangère, la poursuite qui – comme nous venons de le voir – n'est possible que si l'auteur est belge, ne pourra avoir lieu que dans la mesure où il y a eu plainte de la partie lésée auprès des autorités belges ou avis officiel de l'Etat sur le territoire duquel l'infraction a été commise aux autorités belges. En outre, même dans ce dernier cas, seul le ministère public pourra mettre l'action publique en mouvement.

⁹⁰ Cass., 23 janvier 1979, *Pas.*, I, p. 582.

3. L'exigence que la personne soit trouvée en Belgique

55 Enfin, les poursuites ne pourront être exercées en Belgique que pour autant que la personne soit trouvée en Belgique. Il s'agit là d'une curiosité du droit belge. Est trouvée en Belgique la personne qui est arrêtée en Belgique. La jurisprudence considère également qu'est réputée trouvée en Belgique la personne qui, "*avant son extradition (vers la Belgique) et pendant son séjour dans le pays, a été l'objet d'actes de poursuite à raison d'un délit commis à l'étranger*".⁹¹ Par contre, en dehors de ce cas, ne peut être réputée trouvée en Belgique la personne qui se trouve en détention en Belgique suite à son extradition. Cette situation peut entraîner l'impossibilité de poursuivre pour des faits commis à l'étranger lorsque ces faits viendraient à être dévoilés après l'extradition. Dans l'hypothèse où la personne remise à la Belgique serait belge, cette situation pourrait même entraîner l'impunité de la personne, en raison de l'impossibilité de la ré-extraditer vers le pays sur le territoire duquel les autres faits ont été commis.⁹² La seule solution serait dans ce cas de juger l'ensemble des faits en Belgique, pour autant qu'on puisse retenir une unité d'intention entre eux, qui permettrait l'application des règles relatives à l'infraction collective.

§ 4. Le concours d'infractions visé à l'article 65 du Code pénal et ses conséquences juridiques

56 Les infractions de faux, d'escroquerie, comme de nombreuses infractions bancaires et boursières, sont des infractions complexes, itératives et souvent complémentaires les unes par rapport aux autres. Il s'agira souvent de mécanismes frauduleux très élaborés, visant un seul et unique but – le profit –, qui s'échelonneront dans le temps et se ramifieront dans l'espace. On y sera par conséquent souvent confronté à ce que la doctrine belge appelle les "délits collectifs". On se bornera ici à en rappeler le principe et à en examiner les conséquences en ce qui concerne la détermination du moment et du lieu de l'infraction, ainsi que la punissabilité des faits liés par l'unité d'intention.

A. Concours idéal d'infractions et infractions collectives

57 Au départ, l'article 65 du Code pénal visait seulement l'hypothèse où un fait est susceptible de plusieurs qualifications et constitue donc plusieurs infractions. Très vite cependant, ce texte a été utilisé pour couvrir des faits différents, qui sont liés entre eux par l'unité d'intention qui anime leur auteur. Au départ, la théorie s'appliquait aux faits de même nature accomplis successivement dans un même but, de même que des faits de nature différente commis par la même personne et constituant la réalisation d'un seul et même projet criminel. Ultérieurement, la jurisprudence a également étendu la notion aux cas où les infractions n'étaient pas dès le départ inspirées par la même intention criminelle, celle-ci se constituant au cours des faits.⁹³ Elle a encore étendu la notion aux cas des infractions non intentionnelles qu'unirait un lien de causalité.⁹⁴

⁹¹ Cass., 9 janvier 1911, *Pas.*, I, p. 78.

⁹² Flore, D., Vers une justice pénale européenne, l'apport de l'Union européenne, in *La justice pénale et l'Europe*, Tulkens, F., et Bosly, H.D. (ed.), Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 374, note 2; Demanet, G., Quelques problèmes relatifs à l'extradition demandée par la Belgique, in *R.D.P.C.*, 1993, p. 9 à 11.

⁹³ Cass., 11 juin 1980, *Pas.*, I, p. 1239.

⁹⁴ Cass., 12 décembre 1978, *Pas.*, 1979, I, p. 419.

Dans ce cas, on considère qu'il s'agit d'un fait pénal unique, qui fait dès lors l'objet d'une peine unique. Cette peine est la peine la plus forte parmi celles prévues pour les différentes infractions commises (pour la détermination de ce qu'est la peine la plus forte, v. ci-dessus §1, B).

B. Conséquences sur la détermination du lieu et du moment de l'infraction

58 Pour la détermination du moment de l'infraction, l'infraction collective étant considérée comme un fait pénal unique, c'est après la réalisation du dernier fait lié aux précédents par l'unité d'intention que l'infraction est réputée définitivement consommée et que commence à courir le délai de prescription de l'action publique, pour autant toutefois que le dernier acte ne soit pas séparé du fait antérieur par un délai plus long que celui de la prescription.⁹⁵ A cette condition, l'ensemble des faits couverts par l'unité d'intention pourra être examiné par le juge, même si certains faits auraient été prescrits s'ils avaient été envisagés séparément.

59 En ce qui concerne la détermination du lieu de l'infraction, la théorie de l'ubiquité objective s'applique également à l'infraction collective. Dans ce cas, il suffit que l'un des faits liés aux autres par l'unité d'intention puisse être considéré comme commis en Belgique pour que le juge belge soit compétent pour connaître de l'ensemble des faits couverts par l'infraction collective.⁹⁶

C. Punissabilité distincte des faits liés par l'unité d'intention

60 Une des conséquences de la notion d'infraction collective était ce qu'on appelle la théorie de l'absorption. Tous les faits liés par l'unité d'intention étaient absorbés pour ne former qu'un fait unique, ce qui avait pour conséquence que le jugement pour l'infraction collective mettait définitivement fin à la possibilité d'exercer des poursuites pour d'autres faits, commis avant le jugement mais dont le juge n'aurait pas eu connaissance, et qui seraient liés à ceux pour lesquels le jugement a été rendu par une seule et même intention infractionnelle.⁹⁷ L'effet pervers d'une telle situation était de retarder le jugement des affaires les plus complexes, au risque de la prescription, dans la mesure où le ministère public comme le juge d'instruction savaient pertinemment que s'ils laissaient échapper des faits éventuellement plus graves que ceux contenus dans le dossier répressif, mais ayant un lien, même lointain avec eux, l'exercice ultérieur des poursuites pourrait se heurter à l'obstacle irrémédiable de l'autorité de la chose jugée pour l'ensemble des faits couverts par l'infraction collective.

Le législateur a récemment apporté une solution radicale à cette difficulté par une loi du 11 juillet 1994, modifiant l'article 65 du Code pénal. Cette modification a transformé profondément la philosophie de l'infraction collective, en supprimant les effets néfastes de la théorie de l'absorption. On peut noter que l'intention initiale du législateur n'était pas de remédier aux problèmes de l'absorption, mais bien d'instaurer des procédures accélérées de jugement. Mais le recours à des procédures accélérées de jugement, sur la base de dossiers répressifs sommaires et sans information ni instruction préparatoire,

⁹⁵ Cass., 23 novembre 1982, *Pas.*, 1983, I, p. 357.

⁹⁶ Spreutels, J.P., *Les infractions internationales. Développements récents du droit pénal des affaires*, o.c., p. 124.

⁹⁷ Cass., 12 février 1974, *Pas.*, I, p. 614.

faisait courir un risque trop grand de jugement non proportionnel à la gravité réelle des faits voire d'impunité, au regard de l'application large de la notion d'infraction collective. C'est ce qui a poussé le législateur à modifier les règles en usage dans ce domaine, mais il a choisi de ne pas limiter la modification au cas où le jugement résultait d'une procédure accélérée, mais de l'étendre à la généralité des cas.

Le régime applicable en la matière est désormais le suivant. L'hypothèse de départ est qu'un jugement définitif a été rendu à propos d'une infraction collective. Il apparaît ultérieurement que d'autres faits commis avant ce jugement, mais dont le premier juge n'avait pas connaissance, relèvent de cette infraction collective, parce qu'ils "*constituent la manifestation successive et continue de la même intention délictueuse*". Dans ce cas, le juge saisi des nouveaux faits pourra statuer à leur égard et se prononcer sur la culpabilité de leur auteur. En ce qui concerne la peine, le juge aura le choix, soit de ne pas prononcer de nouvelle peine, s'il considère que la peine déjà prononcée suffit à une juste répression de l'ensemble des infractions, soit de prononcer une nouvelle peine, en tenant compte des peines déjà prononcées et sans pouvoir dépasser le maximum de la peine la plus forte.

§ 5. La responsabilité du dirigeant d'entreprise et la question de la responsabilité de la personne morale

61 Lorsqu'une infraction est commise au sein d'une entreprise, la question se pose souvent de savoir qui en est responsable, c'est-à-dire qui a pris la responsabilité de commettre l'acte, d'en ordonner ou d'en tolérer la réalisation. D'une part, en effet, il sera souvent difficile d'identifier la personne physique qui a matériellement commis le fait répréhensible, mais d'autre part, même dans le cas où l'auteur matériel est identifié, il ne sera pas nécessairement facile de déterminer s'il était personnellement animé de l'intention infractionnelle requise et, le cas échéant, qui était animé de cette intention.

Pour les infractions spécifiques envisagées dans cet article – faux, usage de faux et escroquerie – le problème sera plus limité dans la mesure où la loi impose la présence d'un dol spécial, qui doit être apprécié dans le chef de l'auteur de l'infraction. Mais la question se posera avec d'autant plus de force lorsqu'il s'agira de faits requérant la simple intention infractionnelle de l'auteur (dol général), voire la simple faute (négligence) comme c'est le cas dans de nombreuses lois particulières.

On rappellera ici tout d'abord le principe de base qui doit être suivi pour la détermination de la responsabilité pénale d'une personne. On évoquera ensuite brièvement la manière dont la législation s'efforce de pallier à l'absence de responsabilité pénale de la personne morale, soit par la responsabilité civile, soit par des sanctions non pénales. Enfin, on dira un mot de la perspective d'une responsabilité pénale des personnes morales.

A. Responsabilité pénale "fonctionnelle" de personnes physiques organes ou préposés de la personne morale

62 Lorsqu'une infraction est commise au sein d'une entreprise, dans le cadre de son activité, la doctrine et la jurisprudence considèrent qu'il appartient au juge du fond de déterminer, à l'aide des éléments de la cause, quelle est la personne physique qui avait l'obligation de veiller à l'accomplissement des obligations légales sanctionnées pénalement et qui, n'ayant pas respecté cette obligation, s'est chargée de cette infraction. Cette personne ne doit pas nécessairement être un organe de la personne morale, il peut égale-

ment s'agir d'un préposé, d'un mandataire, d'un délégué ou d'un simple employé, voire d'un tiers à la personne morale.

63 Une application extensive de ce principe – à laquelle certains jugements recourent parfois – revient à créer une responsabilité fonctionnelle quasi-objective dans le chef des organes et préposés chargés de fonctions de direction au sein de l'entreprise.⁹⁸

A cet égard, il est important de noter que de nombreuses lois, en particulier dans les domaines bancaire et boursier, plutôt que de contenir des incriminations formulées de façon impersonnelle ("*toute personne qui...*"), indiquent de façon précise les catégories de personnes physiques qui doivent être considérées comme responsables et à qui l'infraction doit être imputée ("*les administrateurs, les gérants ou les directeurs*").⁹⁹ Certaines lois déterminent même les personnes physiques qui sont pénalement responsables en cas d'infraction commise par une personne morale.¹⁰⁰

64 Par rapport à cette tendance jurisprudentielle et législative, il est important de rappeler qu'une responsabilité pénale objective serait contraire à la logique même du droit pénal, qui exige pour qu'un fait soit punissable l'existence d'un élément intentionnel déterminé dans le chef de son auteur.

La Cour de cassation a dans ce sens rappelé à plusieurs reprises que l'exercice d'une fonction déterminée au sein d'une entreprise (p. ex. la fonction d'administrateur délégué) n'entraîne pas *ipso facto* une responsabilité pénale pour toutes les infractions commises par d'autres administrateurs ou préposés de la société dans les missions spéciales qui leur étaient confiées.¹⁰¹ Il convient de préciser quelle était l'obligation de surveillance qui incombait à la personne et en quoi elle n'a pas rempli cette obligation en manière telle que l'infraction a pu se réaliser. L'existence d'une faute personnelle imputable à une personne physique déterminée est nécessaire pour mettre en jeu la responsabilité pénale de cette dernière.¹⁰²

B. Responsabilité civile de la personne morale pour les sanctions à caractère patrimonial à l'encontre de personnes physiques organes ou préposés de celle-ci

65 Toutefois, à côté de la responsabilité pénale d'une personne physique, ce que de nombreuses lois particulières visent à sanctionner, c'est la personne morale elle-même, qui a bénéficié de l'infraction qui a été commise. A défaut de responsabilité pénale de la personne morale, de nombreuses lois ont par conséquent développé un système dans

⁹⁸ Deruyck, F., *De rechtspersoon in het strafrecht*, Gand, Mys & Breesch, 1996, p. 42.

⁹⁹ Par exemple dans l'article 148, §4, de la loi du 5 avril 1995 relative aux marchés secondaires, au statut des entreprises d'investissement et à leur contrôle, aux intermédiaires et conseillers en placement (*M.B.*, 3 juin 1995).

¹⁰⁰ Par exemple l'article 36 de la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire, qui prévoit que "*si le contrevenant est une société, une association ou une institution sous forme de personne juridique, les peines de prison sont applicables aux administrateurs, gérants ou associés (...)*". Dans le même sens, l'art. 182, §2, de la loi du 4 décembre 1990 relative aux opérations financières et aux marchés financiers, prévoit en ce qui concerne le délit d'initié, que "*lorsque les personnes visées (...) sont des sociétés ou d'autres personnes morales, l'interdiction (...) s'applique aux personnes physiques qui participent à la décision de procéder à l'opération pour le compte de la personne morale en question*".

¹⁰¹ Cass., 13 février 1967, *Pas.*, I, p. 722; Cass., 28 février 1972, *Arrêts de la Cour de cassation*, 590; Cass., 9 octobre 1984, *Arrêts de la Cour de cassation*, 1984-85, 225.

¹⁰² Sur cette question, v. Deruyck, F., *o.c.*, p. 36-39; comparer avec la position plus restrictive de Henau, Ch. et Verhaegen, J., *o.c.*, p. 231.

lequel la personne morale est civilement responsable des amendes prononcées à l'encontre de ses organes et préposés. Une telle solution se retrouve dans la plupart des lois concernant le secteur bancaire et boursier.¹⁰³

Dans certaines lois, cette responsabilité civile vise non seulement les amendes mais également d'autres effets patrimoniaux de la condamnation, tels que les condamnations aux dommages et intérêts, frais, confiscations, restitutions et "sanctions pécuniaires quelconques" prononcées pour l'infraction.¹⁰⁴

66 L'effet pervers d'un tel système est d'encourager le développement de la responsabilité fonctionnelle quasi-objective des organes et préposés de l'entreprise, pour pouvoir atteindre l'objectif visé: sanctionner la personne morale par l'imposition à la personne physique d'une amende du paiement de laquelle la personne morale sera civilement responsable.

Le comble est que, par l'application des règles de la responsabilité civile, cet objectif lui-même puisse être mis en péril, dans la mesure où la personne morale pourrait toujours se retourner contre la personne physique condamnée pour récupérer le montant déboursé pour le paiement de l'amende imposée.¹⁰⁵

C. Sanctions non pénales visant la personne morale

67 A côté de la responsabilité civile prévue, certaines lois prévoient également des sanctions qui, si elles peuvent être prononcées à raison de la condamnation d'une personne physique, visent en fait directement une personne morale. Il s'agit par exemple de la faculté pour le juge d'ordonner la fermeture totale ou partielle de l'établissement où l'infraction a été commise¹⁰⁶ ou de l'interdiction de continuer une activité ayant donné lieu à l'infraction.

68 Ici à nouveau, on constate le même effet pervers: il y a une incitation à condamner rapidement une personne physique, indépendamment de sa responsabilité personnelle dans l'infraction, pour atteindre le but visé: c'est-à-dire par exemple la fermeture d'un établissement de la personne morale – ce qui équivaldra dans certains cas à la mort pure et simple de cette dernière.

¹⁰³ V. notamment l'art. 107 de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit ou l'art. 152 de la loi du 6 avril 1995 relative aux marchés secondaires, au statut des entreprises d'investissement et à leur contrôle, aux intermédiaires et conseillers en placements, qui visent les amendes prononcées contre les administrateurs, gérants, directeurs ou mandataires.

¹⁰⁴ V. notamment la loi du 12 juin 1991 sur le crédit à la consommation, art. 105, qui prévoit que: "les sociétés sont civilement responsables des condamnations aux dommages-intérêts, amendes, frais, confiscations, restitutions et sanctions pécuniaires quelconques prononcées pour infraction aux dispositions de la présente loi contre leurs organes ou préposés".

¹⁰⁵ Delatte, P., La question de la responsabilité pénale des personnes morales en droit belge, in *R.D.P.C.*, 1980, p. 208; Deruyck, F., *o.c.*, p. 90-91.

¹⁰⁶ V. notamment l'article 3 de l'arrêté royal n° 55 du 10 novembre 1967 organisant le statut juridique des entreprises pratiquant la location-financement.

D. La perspective de la responsabilité pénale de la personne morale

69 L'adage qui a cours actuellement veut que les personnes morales puissent être délinquantes, mais qu'elles ne puissent être punies.¹⁰⁷ Et certaines lois sont déjà tentées, peut-être par l'inadvertance du législateur, d'aller plus loin que cet adage, en contenant des dispositions pénales dont les personnes morales sont les destinataires directs. Ainsi, l'article 148 de la loi du 6 avril 1995 relative aux marchés secondaires, au statut des entreprises d'investissement et à leur contrôle, aux intermédiaires et conseillers en placement, prévoit que sont notamment punissables les sociétés de conseil en placement. Ainsi également, l'article 36 de la loi du 4 août 1992 sur le crédit hypothécaire prévoit expressément l'hypothèse où le contrevenant est une société, une association ou une institution sous forme de personne juridique.

Toutefois, le principe qui prévaut jusqu'à présent est bien celui selon lequel la personne morale ne peut être condamnée pénalement. A cet égard, il est intéressant de noter que, face aux difficultés qui viennent d'être rappelées quant à la détermination de la responsabilité pénale de personnes physiques dans le cas d'infractions commises dans le cadre d'activités de personnes morales, de même que face aux effets pervers qui viennent d'être rappelés, le Gouvernement a clairement indiqué sa volonté de proposer une solution claire à ce problème¹⁰⁸ et un avant-projet a été approuvé par le Conseil des Ministres du 25 juillet 1997 et est actuellement soumis pour avis au Conseil d'Etat.

§ 6. L'application des dispositions générales du livre premier du Code pénal aux incriminations spécifiques prévues par des lois spéciales

70 Dernière question de droit pénal général qui sera abordée dans le cadre de cet article: celle de l'application des dispositions générales du livre premier du Code pénal aux incriminations spécifiques prévues par des lois spéciales. La règle en est énoncée dans l'article 100 du Code pénal. On indiquera ensuite la manière dont les lois spéciales en font application.

A. Le principe de l'article 100 du Code pénal

71 Le principe est que les dispositions du livre premier du code sont applicables aux infractions contenues dans les lois particulières, sous réserve de dispositions contraires dans ces dernières. Il est clair cependant que certaines dispositions du livre premier ont un caractère absolu et ne sauraient faire l'objet de dérogation (il en va ainsi notamment de l'article 2 qui contient le principe de la légalité des peines et de leur non rétroactivité, ou de l'article 71 sur les causes de non imputabilité des faits¹⁰⁹).

¹⁰⁷ Pour un historique de l'évolution de la question, v. Deruyck, F., *o.c.*, p. 4 à 13.

¹⁰⁸ V. la déclaration gouvernementale, de même que le plan d'action du gouvernement contre la criminalité organisée du 28 juin 1996. Au délai de l'intérêt réel de l'instauration de la responsabilité pénale des personnes morales, la question recèle cependant un grand nombre de difficultés d'ordre tant politique (la responsabilité des personnes morales de droit public, des entreprises publiques et des groupements sans personnalité juridique; le cumul de responsabilité entre personnes morales et personnes physiques) que juridique (l'appréciation de l'élément moral dans le chef de la personne morale, la détermination d'un système de peines qui soit à la fois efficace à l'égard des personnes morales et cohérent par rapport au système de peine applicable aux personnes physiques), et il est hasardeux de présager du moment où une telle loi pourrait être finalement adoptée.

¹⁰⁹ Hennau, Ch., et Verhaegen, J., *o.c.*, p. 27, note 20.

La règle énoncée à l'article 100 ne s'applique cependant pas à certaines dispositions du premier livre: il s'agit du chapitre VII sur la participation et de l'article 85 sur les circonstances atténuantes en matière correctionnelle. Pour ces dispositions, le principe est inverse: elles ne sont pas applicables aux infractions prévues par des lois particulières, sauf si ces dernières le prévoient expressément.

B. Dispositions des lois particulières

72 Si l'on examine les lois particulières, on constate que, dans la quasi totalité des cas, celles-ci prévoient l'application intégrale du livre premier, y compris le chapitre VII et l'article 85. On constatera une exception notable en matière de délits d'initiés. Le livre V de la loi du 4 décembre 1990 relative aux opérations financières et aux marchés financiers, qui est consacré au délit d'initié, est muet sur ce point (à la différence d'autres livres contenus dans la même loi – en particulier le livre VI sur le commerce des devises et le courtage en change et en dépôt). Que ce silence résulte de la volonté ou d'un oubli du législateur, la conséquence en est cependant claire: les règles sur la corréité et la complicité, de même que celles sur l'application de circonstances atténuantes ne s'appliquent pas au délit d'initié.

Pour nuancer l'importance de cet état de chose, il faut faire remarquer qu'en ce qui concerne la corréité et la complicité, l'inconvénient de cette absence de renvoi est partiellement compensée par le fait que les articles 182 et 183 de la loi du 4 décembre 1990 visent des catégories très larges de personnes et que l'article 184 en étend encore la portée en visant toute autre personne *“qui en connaissance de cause, possède une information dont elle sait ou ne peut raisonnablement ignorer qu'elle est privilégiée et qu'elle provient directement ou indirectement d'une personne visée à l'article 182 ou 183”*. Par contre, en ce qui concerne les circonstances atténuantes, compte tenu du libellé cumulatif de l'article 189, qui prévoit une peine d'emprisonnement *et* une peine d'amende, l'absence de référence à l'application des dispositions sur les circonstances atténuantes a pour conséquence d'empêcher le juge de choisir de prononcer une peine privative de liberté et une amende ou de ne prononcer que l'une de ces peines (conformément à l'article 85 du Code pénal).

73 A l'examen des lois particulières, on constate également quelques rares cas de dérogations à certaines dispositions du livre premier.

Ainsi, en matière de récidive, certaines lois prévoient un régime de récidive spéciale, qui vise l'hypothèse où une personne condamnée sur la base d'une infraction contenue dans ces lois particulières commet à nouveau la même infraction dans un délai déterminé. Dans ce cas, c'est ce régime qui est d'application. Par ailleurs, l'article 56 du Code pénal (sur la récidive de délit) s'appliquera quant à lui en cas de récidive entre une infraction prévue par cette loi spéciale et une infraction de droit commun. On citera l'article 102 de la loi du 12 juin 1991, relative au crédit à la consommation, qui prévoit que la peine est doublée lorsqu'une nouvelle infraction survient dans les cinq ans à dater d'une condamnation du chef de la même infraction. Cette disposition diverge de celle de l'article 56 sur deux points: d'une part, elle s'applique quelle qu'ait été la première peine prononcée, alors que l'article 56 exige une condamnation à un emprisonnement d'un an au moins; d'autre part, le délai de cinq ans prévu par la loi spéciale court à partir du jugement, alors que celui prévu par l'article 56 a pour point de départ le moment où la peine a été subie ou prescrite (ce qui est un délai nécessairement plus long).

Autre exemple de dérogation, en matière de confiscation spéciale, où une loi particulière peut prévoir que la confiscation spéciale visant l'objet, l'instrument et le produit de l'infraction, prévue par l'article 42, 1^o et 2^o, qui est obligatoire en vertu de l'article 43,

sera facultative (v. l'art. 110 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques de commerce et sur l'information et la protection du consommateur).

Section 3. La coopération judiciaire internationale en matière d'infractions financières et boursières

74 Il ne peut être question dans le cadre de cet article de présenter de façon systématique les dispositions de coopération judiciaire internationale applicables. L'objectif est seulement de relever certains aspects de la matière qui présentent une importance particulière dans le domaine bancaire et boursier.

§ 1. Entraide judiciaire et extradition

75 L'entraide judiciaire et l'extradition reposent en principe sur des conventions internationales bilatérales ou multilatérales ratifiées par la Belgique. Il faut noter cependant que l'entraide judiciaire peut également être accordée ou obtenue en l'absence de toute convention, de l'accord des deux Etats concernés et en principe sur la base de la réciprocité.

76 On examinera successivement deux questions qui se posent dans ce domaine: d'une part celle de la condition juridique de base de la coopération – la double incrimination des faits –, d'autre part celle de l'incidence éventuelle du caractère fiscal des faits sur la possibilité de coopération.

A. L'importance du taux de peine privative de liberté

77 Il est communément admis en droit belge que la coopération ne peut être accordée que s'il y a double incrimination des faits. Cette condition résulte clairement de la loi en matière d'extradition, elle découle de la doctrine et de la jurisprudence en matière d'entraide judiciaire, en l'absence de loi réglant ce domaine.

78 Cette condition n'est cependant pas suffisante, pour la majorité des actes de coopération. Une condition supplémentaire touchant à la gravité des faits est souvent exigée.

1. Extradition

79 L'extradition n'est accordée que pour des faits d'une certaine gravité, celle-ci étant déterminée en principe par un taux de peine privative de liberté minimal. Les taux applicables actuellement sont les suivants: dans le cadre Benelux (traité d'extradition et d'entraide judiciaire en matière pénale du 27 juin 1962, art. 2.1.), le maximum de la peine privative de liberté doit être d'au moins six mois; dans le cadre de la convention d'application de l'accord de Schengen (du 19 juin 1990), ce maximum doit être d'au moins un an (c'est le taux prévu par la convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 (art. 2.1.), rendu applicable par l'article 60 de la convention Schengen);

hors du cadre Schengen, tout dépend de la convention bilatérale applicable. La loi belge sur les extraditions, du 15 mars 1874, prévoit que le maximum de la peine doit être supérieur à un an (art. 1, §2). La plupart des conventions bilatérales plus anciennes prévoient en outre une liste d'infractions, seuls les faits entrant dans cette liste pouvant donner lieu à extradition.

Dans le domaine qui nous occupe, ce régime juridique a les conséquences suivantes. En ce qui concerne les infractions de faux, usage de faux et d'escroquerie, le taux de peine ne pose pas de problème, pas plus que le système de liste d'infraction, qui comprend toujours ces infractions traditionnelles du droit pénal commun. Par contre, la question se pose de façon beaucoup plus sensible en ce qui concerne les infractions prévues par des lois particulières. En effet, pour ce qui est du taux de peine tout d'abord, comme on l'a déjà fait remarquer précédemment, les peines privatives de liberté prévues par les lois spéciales sont souvent assez basses, alors que les amendes sont élevées. En outre, pour les relations basées sur un traité bilatéral concernant une liste d'infractions, ces infractions des lois spéciales n'y sont en général pas mentionnées. Dans ces conditions, l'extradition ne serait possible pour ces faits que dans la mesure où ils constituent également une infraction du droit pénal commun qui est couverte par la liste applicable.

2. Commissions rogatoires aux fins de perquisitions et saisies

80 Ce régime applicable à l'extradition a une incidence directe sur la possibilité d'exécution des commissions rogatoires aux fins de perquisitions et saisies. Dans les relations Schengen, outre la double incrimination, la peine prévue doit être d'un maximum d'au moins six mois. Par contre, pour les relations hors Schengen, l'exécution de ces commissions rogatoires sera soumise à la condition que les faits puissent donner lieu à extradition (réserve faite à l'art. 5 de la convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959) et les conditions indiquées à propos du taux de peine s'appliqueront, comme s'appliqueront les autres conditions relatives à l'extradition (art. 11 de la loi sur les extraditions). Cette règle s'applique aux commissions rogatoires à exécuter en Belgique. En ce qui concerne les commissions rogatoires à exécuter à l'étranger, quelques Etats européens imposent la même condition (Pays-Bas, Espagne – en ce qui concerne les relations entre la Belgique et ces deux pays, c'est cependant la disposition de Schengen qui s'applique – Islande, Suède, Turquie).

B. L'exception à la coopération pour infractions fiscales

81 La coopération internationale dans le domaine bancaire et boursier peut se heurter à un obstacle sérieux, qui est celui de l'exception pour infraction fiscale. La question préalable est de savoir si les infractions dans le domaine financier et boursier peuvent être affectées par l'exception pour infractions fiscales.

La réponse doit être nuancée. En principe, l'exception fiscale ne concerne que les infractions purement fiscales. Si des infractions de droit pénal commun ont un aspect fiscal ou sont liées à des infractions purement fiscales, la coopération doit en principe être accordée pour ces infractions de droit commun, l'autorité requise subordonnant éventuellement son accord à la condition que les informations ne soient pas utilisées dans le cadre de procédures autres que celle faisant l'objet de la demande de coopération. On cite souvent comme exemple le cas du droit suisse qui fait une distinction entre les infractions purement fiscales et "l'escroquerie fiscale", cette dernière pouvant donner lieu

à coopération.¹¹⁰ Toutefois, il faut reconnaître que, peut-être à cause de la difficulté de contrôler le respect de cette condition de spécialité de l'information transmise, les autorités requises de certains Etats souvent sollicitées en matière d'infractions fiscales, auront tendance à considérer que l'aspect fiscal absorbe l'ensemble de la demande et à refuser de l'exécuter sur la base de l'exception pour infraction fiscale. Il faut rappeler à cet égard que la meilleure garantie pour que les autorités belges obtiennent les informations qu'elles sollicitent dans des domaines où un aspect fiscal est présent est justement qu'elles acceptent la condition de spécialité de l'information à laquelle l'exécution de la demande est subordonnée et qu'elles respectent scrupuleusement cette règle une fois qu'elles ont obtenu les informations demandées.

82 Ceci étant dit à propos de l'exception pour infraction fiscale, il convient de préciser que celle-ci n'est pas toujours applicable. On peut distinguer selon qu'on se situe dans le cadre Schengen ou en dehors de ce cadre.

1. Schengen

83 L'entraide judiciaire et l'extradition sont possibles pour les infractions relatives aux impôts indirects (accises, T.V.A. et douanes) (art. 50 de la convention d'application de l'accord de Schengen). Deux modalités sont prévues pour l'entraide judiciaire. Tout d'abord, elle pourra tout de même être refusée si les montants concernés sont inférieurs à certains seuils (montant éludé inférieur ou égal à 25.000 ECU (soit un million de francs), ou valeur des marchandises importées ou exportées inférieure à 100.000 ECU (soit quarante millions de francs). La coopération devra cependant être accordée dans les cas où "l'affaire, en raison de ses circonstances ou de la personne du prévenu, (est) considérée comme très grave par la partie contractante requérante". D'après cette formulation, l'Etat requis ne paraît pas avoir de marge d'appréciation à l'égard de cette circonstance et doit accepter l'appréciation faite par l'Etat requérant. Ensuite, l'Etat requis pourra subordonner l'exécution de la demande à la condition que l'information ainsi obtenue ne soit pas utilisée à une autre fin que celle pour laquelle la demande a été formulée, sans l'accord préalable de cet Etat.

Pour les infractions relatives aux impôts directs, ce sont les règles des conventions de base qui s'appliquent: refus facultatif pour l'entraide judiciaire, refus obligatoire pour l'extradition.

2. Hors Schengen

84 Ce sont les règles des conventions de base qui s'appliquent également pour toutes les infractions fiscales: refus facultatif pour l'entraide judiciaire, refus obligatoire pour l'extradition.

On peut noter qu'un protocole additionnel à la convention européenne d'entraide judiciaire (du 17 mars 1978) et un deuxième protocole additionnel à la convention euro-

¹¹⁰ Thomas, F., Le rôle de l'entraide judiciaire en matière pénale dans le répression de la fraude au détriment de la Communauté européenne, in *La lutte contre la fraude communautaire dans la pratique*, Huybrechts, L., Marchandise, Th. et Tulkens, F. (ed.), Anvers-Bruxelles, Maklu-Bruylant, 1994, p. 186 à 188; De Hert, P., Internationale samenwerking inzake fiscale delicten en verbeurdverklaring voor en na Schengen, in *Fiscaal strafrecht en strafprocesrecht*, Rozie, M. (ed.), Gand, Mys & Breesch, 1996, p. 74-75.

péenne d'extradition (de la même date) suppriment complètement cette exception, mais qu'ils n'ont pas encore été ratifiés par la Belgique.¹¹¹

§ 2. L'exécution de confiscations des avantages patrimoniaux

85 Pour terminer, il est utile d'attirer l'attention sur un instrument très important qui sera bientôt d'application en Belgique. Il s'agit de la convention du Conseil de l'Europe sur le blanchiment, le dépistage, la saisie et la confiscation des produits du crime (du 8 novembre 1990). Le projet de loi d'assentiment à cette convention a déjà été adopté par le Parlement, le dépôt de l'instrument de ratification pourrait intervenir dans les prochains mois et l'entrée en vigueur peut en être attendue avant la fin de 1997. Cet instrument permet l'exécution internationale de saisies conservatoires de choses qui paraissent être des avantages patrimoniaux tirés d'infractions, mais aussi des décisions de confiscation portant sur les avantages patrimoniaux tirés d'infractions et sur les instruments de l'infraction.

Dans cette même perspective, une loi sur la coopération internationale en ce qui concerne l'exécution de saisies et de confiscations a été adoptée récemment par le Parlement.¹¹² Il s'agit d'une loi du 20 mai 1997 (publiée au Moniteur belge du 3 juillet) qui est entrée en vigueur le 13 juillet.

Lorsque la convention de Strasbourg sera en vigueur, il sera possible pour le juge belge de prononcer, le cas échéant, la confiscation des avantages patrimoniaux et des instruments de l'infraction, qui seraient localisés hors du territoire belge, et il sera possible pour la Belgique d'en demander l'exécution à l'Etat sur le territoire duquel ces biens sont localisés. A l'inverse, le juge belge pourra être amené à autoriser l'exécution en Belgique d'une décision de confiscation prononcée par le juge d'un Etat étranger, mais portant sur des biens situés en Belgique.

La Belgique ayant une législation tout à fait générale en ce qui concerne la confiscation et n'ayant pas l'intention de faire de réserve quant au champ d'application de la convention européenne, cela signifie que ces nouvelles possibilités pourront être utilisées dans le domaine qui nous occupe.

Conclusions

86 L'objectif de cette contribution était de mettre en lumière un certain nombre de dispositions du droit pénal général et du droit pénal commun qui revêtent une importance particulière dans le domaine du droit pénal bancaire et boursier, d'en rappeler les principes et les limites.

Il n'est pas possible, à l'issue d'un aperçu aussi succinct de la matière, de tirer des conclusions générales. L'exposé qui a été fait invite toutefois à formuler certaines réflexions sur la systématique du droit pénal.

¹¹¹ En ce qui concerne le second de ces instruments, la procédure interne d'assentiment est terminée et la ratification pourrait intervenir avant la fin de 1997.

¹¹² Doc. Ch. 427 (95/96) (96/97); doc. Sénat 393 (96/97).

87 Ce qu'on constate tout d'abord, en effet, c'est que les incriminations du droit pénal commun pertinentes en matière de droit pénal bancaire et boursier sont anciennes, qu'elles ont été rédigées avec l'esprit d'un autre temps et qu'elles répondent aux préoccupations et aux réalités socio-économiques et technologiques de leur époque. Leur adaptation à la réalité contemporaine, aux nouvelles formes de criminalité, aux nouvelles technologies, à l'internationalisation de l'activité socio-économique, sont le seul fait de la jurisprudence. On peut rappeler, à titre d'exemple, l'évolution de la jurisprudence en ce qui concerne la détermination du moment de la consommation de l'infraction, en matière de faux, pour faire face au problème de la prescription de l'action publique, ou l'extension de la notion d'écrit pour faire face aux nouveaux moyens de communication. On peut citer également l'évolution de la jurisprudence en ce qui concerne le moment de réalisation de l'infraction en matière d'escroquerie, pour pallier à l'absence d'incrimination de la tentative d'escroquerie ... Et si la jurisprudence est abondamment citée dans cette contribution, c'est bien parce que c'est elle qui définit les contours de la répression et non la loi.

Il ne s'agit pas ici de critiquer la pertinence et l'utilité de l'interprétation jurisprudentielle qui est faite des dispositions pénales, pas plus que de nier le rôle du juge, qui est évidemment essentiel dans l'interprétation de la loi. Mais la loi pénale doit être de stricte interprétation et il est dès lors important de rappeler que c'est au législateur qu'il revient de tracer les limites de la répression. Celui-ci ne remplit effectivement sa mission que s'il adopte des dispositions qui soient suffisamment claires et précises pour couvrir les catégories concrètes de faits auxquels la loi vise à s'appliquer.

Ce qui est dit des incriminations du droit pénal commun vaut aussi pour les principes du livre premier du Code pénal. Les silences du code en ce qui concerne un certain nombre de questions importantes, qui ont été abordées dans le cadre de cette contribution (localisation de l'infraction, moment de réalisation, concours,...), ont été couverts par la parole du juge. Dans d'autres cas, ils ont donné lieu à des constructions étranges dues au législateur particulier (cas de la responsabilité des personnes morales).

Plus problématique encore est la question de la relation entre le droit pénal commun et les lois particulières. Là, c'est la cohérence du législateur qui est en question. Comment résoudre les difficultés qui résultent du chevauchement d'incriminations générales et particulières? Comment appliquer correctement le droit face au dilemme entre des incriminations trop générales et d'autres trop particulières? Comment pallier à l'incohérence entre les échelles de peines du droit pénal commun et des lois particulières?...

Du bref aperçu qui précède, on garde le sentiment que, quelles que soient les limites du postulat de rationalité du législateur, c'est pourtant de la cohérence, de la transparence et de la clarté des lois pénales que dépendent la sécurité juridique, l'équité et l'efficacité dans la mise en œuvre de la justice pénale, et qu'il reste à cet égard du travail pour le législateur.

Daniel Flore
Conseiller juridique
au Ministère de la justice