Aix-Marseille Université – Paul Cézanne

École Doctorale Sciences Juridiques et Politiques n°67

Doctorat Droit privé et sciences criminelles

Laboratoire de Droit privé et sciences criminelles
Équipe de recherche en matière pénale

Thèse en vue de l'obtention du diplôme de Docteur en Droit

Présentée et soutenue publiquement par

MAGAMBOU Aimé Clotaire

Le 22 janvier 2014

Réflexions sur les qualités opératoires d'une notion d'intégrité financière dans les missions du *Compliance officer* français

Membres du jury :

Directeur de thèse :

M. Gilles MATHIEU, maître de conférences, HDR à Aix-Marseille Université

Rapporteurs :

Mme Marie Christine SORDINO, maître de conférences à l'Université de Montpellier 1

M. Denis MOURALIS, professeur à l'Université d'Avignon

Suffragants :

M. Philippe BONFILS, professeur à Aix-Marseille Université

M. Gilles MATHIEU, maître de conférences, HDR à Aix-Marseille Université

« La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur »

Remerciements :

A mon directeur de thèse M. Gilles MATHIEU, j'exprime toute ma gratitude,

A M. Arnaud KERRAND, Responsable Conformité et lutte anti blanchiment de la Banque populaire de l'Ouest, pour la confiance et la qualité d'encadrement qu'il m'a accordées,

A l'ensemble de la Direction des risques de l'Agence française de développement, j'adresse mes plus vifs remerciements

A mon petit frère Ibagath Ibaga Karl David

SOMMAIRE

Liste des principales abréviations 8

Introduction 10

Première partie. La notion d'intégrité financière 24

Titre 1. Nature circulatoire des objets de l'intégrité financière 25

Chapitre 1. La circulation de la monnaie 26

Section 1. Le fonctionnement de la monnaie 26

Section 2. Origine fiduciaire de la circulation monétaire 36

Chapitre 2. Circulation des obligations monétaires 62

Section 1. Prépondérance des obligations de sommes d'argent 62

Section 2. Circulation économique des obligations 72

Titre 2. Les régimes protectionnistes de l'intégrité financière 134

Chapitre 1. Protection de la propriété du patrimoine 135

Section 1. Protection des droits réels 135

Section 2. Protection des droits sociaux 154

Chapitre 2. Protection de l'information financière 168

Section 1. Les informations identifiant le patrimoine 168

Section 2. La protection de la transparence 176

Conclusion première partie 196

Deuxième partie. Les qualités opératoires de la notion d'intégrité financière 199

Titre 1. Utilité sociale d'une notion d'intégrité financière 200

Chapitre 1. Pertinence d'une notion d'intégrité financière 201

Section 1. Intérêt dans la recherche anti criminelle 201

Section 2. Détermination de la valeur « intégrité financière » 213

Chapitre 2. Approche de l'intégrité financière dans la LAB/FT 256

Section 1. Traçabilité dans la LAB 256

Section 2. Spécificités monétaires du blanchiment 269

Titre 2. L'intégrité financière dans la gestion du risque de blanchiment 281

Chapitre 1. Le risque de blanchiment 282

Section 1. Le risque 283

Section 2. Gestion du risque de blanchiment dans les établissements bancaires 290

Chapitre 2. Apport de la notion d'intégrité financière dans la construction du cadre conceptuel et pratique du *Compliance officer* 297

Section 1. Absence du cadre conceptuel 297

Section 2. Construction du cadre pratique 304

Conclusion deuxième partie 320

Conclusion générale 323

ANNEXE 332

Index alphabétique 358

Bibliographie : 360

Liste des principales abréviations

ACPR : *Autorité de contrôle prudentiel et de résolution*

AFM : *Autorité des marchés financiers néerlandais*

AMF *: Autorité des marchés financiers*

BALO : *bulletin officiel des annonces légales obligatoires*

BRI : *Banque des Règlements internationaux*

BSA : *Bon de souscription d'actions*

C. Civ. : *Code civil*

C. com. : *Code de commerce*

CAC : *commissaire aux comptes*

CDS: *credit default swap*

CESDH : *Convention Européenne de Sauvegarde des Droit de l'Homme*

CMF : *Conseil des marchés financiers*

COB*: Commission des opérations de bourse*

Cons. : *Conseil*

Const. : *Constitutionnel*

CP *: Code pénal*

DPS : *Droit préférentiel de souscription*

FCC*: fonds communs de créance*

Fed: Federal Reserve

FSA: *Financial Services Authority*

FSF : *Forum de Stabilité financière*

GAO : *General Accounting Office* - l'équivalent de la Cour des comptes

JIRS: *Juridiction Interrégionale Spécialisée*

LAB : *Lutte anti blanchiment*

LAB/FT : *Lutte anti blanchiment et financement du terrorisme*

LIBOR: *London Interbank Offered Rate*

OPA: *offre publique d'achat*

OPCVM : *organisme de placement collectif en valeurs mobilières*

OPE : *offre publique d'échange*

OPO*: offre publique obligatoire*

OPR*: offre publique de retrait*

PPE : *personne politiquement exposée*

RCS : *registre du commerce et des sociétés*

SA : *Société Anonyme*

SARL : *société à responsabilité limitée*

SAS : *société par actions simplifiées*

SCA : *société en commandite par action*

SCS : *société en commandite en simple*

SEC: *Securities and Exchange Commission*

SIB: *Security and Investment Board*

TRACFIN : *Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins*

TVA : *Taxe sur la Valeur Ajoutée*

VAR: *Value at Risk*

Introduction

1. *« Je dirais, et c'est probablement un changement par rapport à ce que j'aurais dit plus jeune: ayez le plus grand respect pour l'étude de l'histoire économique*[1] *»,* disait le prix Nobel d'économie de 1970, en plein milieu de la crise dite des *subprimes.* Hormis les décennies 1950-1970, très peu sont celles qui n'ont pas été marquées par une crise financière. Chaque crise a été expliquée et les enseignements qui en ont été tirés sont ceux à la faveur desquels le système financier a été restructuré.

L'origine des crises financières fut d'abord trouvée dans le cycle économique caractérisé par une alternance accidentelle de phases de dépressions et d'expansions. En 2003, Robert Lucas, professeur à l'université de Chicago et prix Nobel d'économie en 1995, vint dire à la communauté économique américaine que « *le principal problème de la prévention de la dépression a été résolu en pratique* ». Il suggérait ainsi que le cycle économique avait été apprivoisé et les avantages retirés d'un apprivoisement plus poussé seraient insignifiants. Ben Bernanke, alors membre du Conseil de la Réserve Fédérale, dit un an plus tard que la politique macroéconomique moderne avait résolu le problème du cycle économique. Cependant, en 2004, les États-Unis furent confrontés à la crise des *subprimes.*

La fréquence des crises déjà observées au vingtième siècle poussa les économistes du courant keynésien se laisser aller à un surprenant fatalisme consistant à dire que : « *Nous sommes engagés dans un incroyable bourbier, pour avoir essayé de maîtriser une machine fragile dont nous ne comprenons pas le fonctionnement* ». Christian Chavagneux, dans un souci de pragmatisme, argua alors que « *la construction d'un schéma des crises fournit une référence à partir de laquelle on peut juger les multiples chantiers de régulation bancaire et financière*[2] ». Il s'agissait dans cette assertion d'inviter la communauté économique et juridique à porter une réflexion visant à mettre en exergue la logique commune à toutes les crises financières. A ce titre, les innovations, les politiques de déréglementation, la quête permanente du profit et l'appétence pour le risque apparurent comme des facteurs récurrents.

2. Depuis le 1er juillet 2010, le règlement général de l'AMF impose aux prestataires de services d'investissement de vérifier que les personnes exerçant certaines fonctions sous leur autorité ou pour leur compte disposent d'un niveau de connaissances minimales relatives à l'environnement réglementaire et déontologique et aux techniques financières. Concrètement, il s'agit, pour les personnels des institutions financières, de passer une certification obligeant toute

[1] Paul SAMUELSON, *The Atlantic,* 18 juin 2009
[2] Christian Chavagneux, *Une brève histoire des crises financières « Des tulipes aux subprimes »,* Éditions La Découverte, Paris, 2011

personne intervenant dans le cadre des instruments financiers, à justifier d'un seuil minimum de connaissance. Cette certification a pour vocation ultime d'apporter une protection à l'épargne des investisseurs. Les personnels concernés en sont arrivés à considérer qu'il s'agissait d'une alternative permettant une évolution des compétences, mais elle permet surtout de renforcer les dispositifs de sécurité financière. Cette dernière est entendue comme une maîtrise de l'ensemble des outils permettant une évolution sur les marchés financiers et protégeant contre les risques de fraudes et de blanchiment des capitaux.

La mise en place d'un tel dispositif de certification peut paraître surprenante, dans la mesure où les professionnels de la Banque et de la Finance sont pour la plupart hautement qualifiés, à l'issue de longues études universitaires ou d'écoles de commerce. Il est cependant aisé de comprendre que l'AMF ait voulu, en posant une telle obligation, souligner que la sécurité sur les marchés financiers est avant tout inhérente à la qualité des compétences des différents personnels. Par ailleurs, on peut observer que l'AMF intègre la problématique de la criminalité financière dans les dispositifs devant garantir la sécurité sur les marchés financiers. Mais, la combinaison des problématiques portant sur les compétences et sur la criminalité renvoie plus largement à celle de la formation des professionnels opérant sur les marchés financiers. Ainsi, la prévention des crises ne repose plus sur les seules données de la conjoncture économique.

3. Un des héritages des mouvements corporatistes est que les professions ayant en commun de partager des outils ou des méthodes dans le cadre de leurs activités organisent régulièrement des réunions à l'occasion desquelles les sujets transcendant ces professions sont abordés. La crise financière née en 2007 a eu pour conséquence de changer la nature et l'intensité de la critique adressée aux marchés financiers[3]. En réaction à cette critique, l'AMAFI[4] organisa un colloque où l'ensemble des professions financières furent conviées, quelle que fût l'institution de laquelle relevaient les participants. Ainsi, les institutions financières et leurs autorités de tutelle ou de régulation eurent la possibilité de délivrer leur diagnostic sur la crise et sur les solutions qu'il convenait de mettre en œuvre. En l'occurrence, les intervenants s'attachèrent à dénoncer le *diktat* de la logique mathématique dans les professions financières et formulèrent la nécessité d'atomiser en nombre et en taille, les acteurs des marchés financiers. Lors de ce colloque, on put cependant constater que les professions en charge de la lutte contre la criminalité financière n'étaient pas représentées, ni en tant qu'intervenant, ni en tant que simple participant. Cette absence fut fortement remarquée, d'autant que les discussions visaient à porter les positions des praticiens des marchés dans une perspective de « *meilleure régulation, définie comme le corps de*

[3] Philippe Tibi, « *A quoi servent les marchés financiers ?* » Revue Banque hors-série mai 2011, p.74
[4] L'Association française des marchés financiers

règles qui donne droit aux impératifs d'ordre public et aux objectifs assignés par le législateur (…), ainsi qu'à la protection légitime des investisseurs, des émetteurs et des acteurs industriels désireux de couvrir leurs risques ». La participation active des professionnels affectés à la lutte contre la criminalité financière aurait dû se poser comme une nécessité, d'où il est apparu que leur absence à ce colloque a pu susciter des interrogations. Ce n'est qu'en novembre 2013 que l'on a pu noter l'organisation d'un colloque conviant les professionnels de la lutte contre la criminalité financière[5].

L'AMF, au même titre que de nombreuses autres institutions, intègre les problématiques liées aux crimes financiers dans la régulation des marchés. Et bien que les incidences du blanchiment des capitaux ou du financement du terrorisme sur le fonctionnement des marchés soient devenues une préoccupation depuis la décennie 1990, les réflexions en la matière semblent diversement intégrées par les professionnels en charge de la lutte contre le crime financier sur les marchés. Ce n'est que trois ans après le déclenchement de la crise de 2007 qu'il a à nouveau été envisagé les voies par lesquelles les marchés financiers pouvaient être utilisés à l'occasion d'activités criminelles. Le GAFI a alors publié un rapport mettant en exergue les mécanismes par lesquels les marchés financiers pouvaient servir des desseins criminels par l'utilisation des produits financiers. En 1995, le professeur Philippe Jorion, envisageant alors la gestion du risque sur les marchés, montrait que l'utilisation de certains produits dérivés pouvait laisser entrevoir une certaine empreinte criminelle à l'occasion de la couverture des risques financiers.

Depuis février 2009, les professionnels du secteur financier ont l'obligation de déclarer au service Tracfin les soupçons d'infractions passibles d'une peine de prison supérieure à un an, y compris la fraude fiscale. La cellule de renseignement financier a donc établi un certain nombre de critères sur la base desquels la déclaration de soupçon pour fraude fiscale devait être faite. Cette nouvelle obligation a amené le professeur Chantal Cutajar à s'interroger sur la légitimité de Tracfin à poser une obligation de déclaration de soupçon de la fraude fiscale, alors même que ce service était initialement dédié à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme[6]. On peut ainsi noter que les problématiques de de gestion des risques, de fraudes fiscales, de financement du terrorisme et de blanchiment intéressent les professionnels de la lutte contre le crime financier. Cependant, on peut observer que les trois derniers thèmes ont fait

[5] Colloque sur le Risque et la Conformité organisé le 13 novembre 2013 par la société Thomson Reuters Accelus

[6] Chantal CUTAJAR, « *Déclaration de soupçon du blanchiment de fraude fiscale* », la Semaine Juridique Edition Générale, 31 août 2009, n°36

l'objet de nombreux traitements par les sciences criminelles alors que les recherches de celles-ci sur le risque sont encore embryonnaires. Et le risque n'est traité par les sciences criminelles qu'à l'aune des appréhensions économiques ou juridiques.

4. Des observations effectuées au sein des institutions financières et les consultations faites auprès de nombreux professionnels dédiés à la lutte contre la criminalité financière au sein des établissements de crédit permettent de remettre en question certaines vérités conventionnelles concernant le métier spécifique de *Compliance officer.* D'abord, il est apparu que les personnels en charge de la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme au sein des banques présentaient des parcours divers aussi bien dans leur formation que dans leurs expériences professionnelles. Ensuite, bien que les *Compliance officers* puissent faire valoir les obligations légales inhérentes à leurs missions, leur force de persuasion doit être reconstruite à chaque cas de soupçon de blanchiment. Ce qui n'est pas sans générer des conflits au sein des institutions financières, puisque la cohérence du discours et la légitimité des positions du *Compliance officer* doivent être renouvelées à chaque nouvelle affaire. La problématique de la cohérence du discours pose plus largement celui de l'efficacité des outils et de la culture du *Compliance officer*. On a pu observer que la profession de *Compliance officer* ne peut se prévaloir d'une culture, de méthodes et de réflexes propres. D'ailleurs, cette observation peut être valable à l'endroit d'autres professions ayant en charge la lutte contre la criminalité financière, puisque leur formation ne repose pas sur un socle d'enseignements communs et spécifiques, ce qui renforce l'intérêt de la certification AMF.

5. Dans une enquête consacrée à la lutte contre le blanchiment des capitaux au sein des banques, Gilles Favarel-Garrigues[7] fait le constat que la régulation par la lutte contre le blanchiment des capitaux pose de nombreux paradoxes. Dans un premier temps, la lutte anti blanchiment est acceptée et intégrée, mais son efficacité varie selon le point de vue des acteurs, les régulateurs et les agents. Ainsi, pour les États, la lutte anti blanchiment traduit la volonté de poser un ordre public économique. Pour les magistrats, les résultats enregistrés dans le cadre de la lutte ne correspondent pas aux objectifs fixés par les dispositifs de lutte contre le crime financier. Quant aux professionnels de la banque, ils n'ont en commun que le scepticisme qui prévaut à propos de l'efficacité et surtout de la nécessité des dispositifs de la lutte anti blanchiment.
Dans un second temps, les objectifs et les moyens de la lutte anti blanchiment semblent eux-mêmes flous. Le fait est que la mise en œuvre de la lutte anti blanchiment varie considérablement selon les niveaux de formulation. Au niveau de la communauté internationale, l'adoption de lois

[7] Gilles Favarel-Garrigues, Thierry Godefroy, Pierre Lascoumes, « *Les sentinelles de l'argent sale, les banques aux prises avec l'anti blanchiment,* éditions La Découverte, Paris, 2009, p. 372

et la mise en place d'organisations spécialisées correspondent à la réussite de la lutte anti blanchiment. Mais, cette réussite est uniquement institutionnelle et procédurale, et l'impact concret sur les flux financiers illicites est du ressort d'organes étatiques. Les institutions ne font que vérifier la réalisation d'obligations de moyens et non de résultats. Pour les établissements bancaires, la lutte anti blanchiment varie au gré des opportunités. Ainsi, la latitude dont ils disposent pour assurer un tel rôle et la variété des formes de surveillance illustrent la difficulté des banques à assimiler la lutte anti blanchiment. L'apparence d'un modèle structuré que renvoie la profession de *Compliance officer* participe simplement d'une mystification voulue par les discours et les normes sur lesquelles se construit la légitimité de la lutte anti blanchiment. Celle-ci varie d'ailleurs d'un pays à un autre.

6. Le poste de *Compliance officer* mobilise un ensemble de pratiques et de champs d'intervention qui nécessitent la construction de compétences spécifiques. Celles-ci peinent à être précisément circonscrites, et cette absence de netteté traduit la recherche encore en cours d'un modèle sur la base duquel doit se construire la profession. Cependant, la lutte anti blanchiment entre dans le cadre plus large de la lutte contre la criminalité financière. La construction des dispositifs organisant le combat contre le crime financier, devrait orienter, à défaut de les déterminer, ceux mis en œuvre dans le cadre de la LAB/FT.

Christian Chavagneux suggère que pour prévenir les crises financières il convient de leur trouver une logique commune. En appliquant une telle approche à la lutte contre la criminalité financière, la recherche consiste alors à trouver une logique commune aux crimes financiers ; une logique qui trouverait à s'appliquer et à être intégrée à la construction de la profession de *Compliance officer*. Cette logique doit pouvoir être significative du cadre conceptuel à partir duquel pourra se construire la cohérence du discours des agents affectés à la lutte contre la criminalité financière, et plus spécifiquement à celui du gestionnaire du risque de blanchiment.

L'obligation de déclaration de la fraude fiscale, de la lutte anti blanchiment ou du financement du terrorisme, constituent les principales préoccupations du *Compliance officer*, ont en commun de rappeler trois phénomènes. Premièrement, ces incriminations se rapportent à la monnaie. La fraude fiscale désigne les faits d'entraves ou de dissimulation de sommes d'argent destinées aux autorités publiques ou à l'État. La lutte anti blanchiment consiste en la dénonciation des montages et des opérations consistant à introduire dans les circuits financiers légaux des sommes d'argent d'origine criminelle. Enfin, le financement du terrorisme renvoie aux sommes d'argents affectées à la mise en œuvre d'actions ou d'entreprises terroristes.

Deuxièmement, les incriminations sus mentionnées mettent en évidence la notion de circulation. Que ce soit à des fins de fraude fiscale ou de blanchiment de capitaux, il est question de la

circulation de la monnaie. En troisième lieu, ces incriminations font appelle à la notion de légitimité. La fraude fiscale pose la question de la légitimité des entraves faites à la circulation des sommes destinées à l'État. La lutte anti blanchiment évoque la légitimité de l'origine des sommes introduites dans le circuit financier légal et le financement du terrorisme pose la légitimité de la destination des sommes d'argent. Finalement, la lutte contre la criminalité financière interroge plus largement la légitimité de la circulation de la monnaie.

7. L'*intégrité financière* désigne la protection de la circulation légitime de la monnaie et des obligations monétaires. À ce titre, elle est une notion pouvant trouver des applications aussi bien au sein de l'économie réelle qu'au sein des marchés financiers. La lutte contre la criminalité financière intègre la notion d'intégrité financière. Les atteintes portées à cette intégrité consistent de fait à des atteintes à la circulation légitime de la monnaie et des obligations monétaires. Ce qui implique que la notion de crime, entendue dans le concept de criminalité financière, renvoie aux strictes atteintes à la circulation de la monnaie et non au « crime » positif défini dans le cadre de la loi pénale. Mais, l'organisation de la lutte contre le crime financier au sein des établissements bancaires repose essentiellement sur le traitement de l'information.

« Le secret doit être préservé pour garantir le droit des citoyens, afin d'éviter une régression démocratique »[8]. Cette assertion peut être une interrogation sur l'utilisation de l'information dans le cadre de la lutte contre la criminalité financière. En fait, la transparence ne désigne que les conditions dans lesquelles l'information est produite ou circule. Celle-ci est d'ailleurs la donnée sans laquelle la circulation des obligations juridiques ne serait possible, en raison des possibilités de preuve inhérentes à leur nature. L'information fonde la circulation des obligations puisqu'elle permet d'identifier les patrimoines. Les infractions relatives à la notion de transparence peuvent naître du fait de la révélation d'informations dont la divulgation, interdite, peut être pénalement sanctionnée. Dans le sens inverse, c'est la conservation d'une information obligatoire ou la falsification qui brouille cette dernière qui peut être sanctionnée.

8. « *Dans le domaine économique, la transparence n'est que le moyen de proportionner la mise à disposition et la circulation de certaines informations au bon fonctionnement du marché considéré. Le degré de transparence souhaitable doit être fixé en considération du résultat obtenu et non par préférence à un idéal déterminé. Il s'agit de réduire les asymétries d'information quand la théorie économique enseigne qu'elles nuisent au bon fonctionnement du marché. On n'oubliera pas à l'inverse que l'information ayant un coût, sa détention peut*

[8] J. Slama, *La régression démocratique*, Fayard 1995. *Adde* A.Etchegoyen, « *Propos introductifs »,* in « *Secrets et transparence, le vice ou la vertu ? l'information sur les entreprises à la croisée des chemins », GP* n°spécial, 15-19 juillet 2005

constituer pour celui qui l'a acquise un avantage légitime que le droit doit protéger »[9]. La transparence, du fait de sa polysémie, peut désigner aussi bien ce qui transparaît que ce qui laisse transparaître. De la sorte, plusieurs infractions peuvent être rattachées à la notion de transparence. Ces infractions peuvent consister en l'altération d'une information à objet probatoire. En outre, le droit des sociétés comprend de nombreuses dispositions relatives aux informations qui sont pénalement sanctionnées. Enfin, la réglementation des marchés est dominée par la notion de transparence. Ce qui a conduit à un encadrement des marchés financiers assorti de sanctions pénales.

Toutefois, l'information dans le cadre de la LAB/FT est réduite à la stricte identification de l'origine et de la destination des sommes d'argent. Pourtant, tous les enjeux relatifs au traitement de l'information échappent souvent aux compétences du *Compliance officer*. Or, il est apparu que lesdites compétences dépendent elles-mêmes de la façon dont les agents s'approprient l'information et l'utilisent dans la garantie d'une sécurité financière, en n'outrepassant pas les limites exigées par le principe de transparence. Ainsi, l'enseignement ou l'acquisition des compétences présidant à la sécurité de l'épargne et des marchés financiers ont une étroite relation avec le modèle duquel découle l'idée d'une sécurité financière. En imposant la certification, l'AMF réaffirmait, l'idée déjà admise, que la sécurité financière est un élément se construisant avec la formation des personnels des institutions financières. Cette nouvelle approche de l'AMF concrétise, dans une certaine mesure, un vœu déjà émis dès le vingtième siècle par Franklin Delano Roosevelt. Cependant, la quête de la sécurité financière suppose elle-même que la substance de cette sécurité ait été totalement isolée, et la certification AMF imposée aux professionnels des marchés financiers rappelle, dans une certaine mesure, que les objets et les objectifs de la lutte contre la criminalité financière ne forment pas un ensemble conceptuels et pratiques communs à l'ensemble des métiers en charge de la lutte contre la criminalité financière.

« *En fin de compte, dans le chemin qui nous fait avancer vers la création d'emplois, nous avons besoin de deux garde-fous pour éviter le retour des problèmes passés : nous devons mettre en place une stricte surveillance des banques, de la distribution des crédits et des investissements ; nous devons mettre fin à la possibilité de spéculer avec l'argent des autres, et nous devons prendre des mesures pour disposer d'une monnaie en quantité suffisante mais saine*[10]. » Dans cette approche, Franklin Delano Roosevelt opère déjà une synthèse entre les mécanismes économiques et les impératifs moraux de la collectivité sur les marchés financiers.

[9] Marie-Paule LUCAS de LEYSSAC, ALEXIS MIHMAN, *droit pénal des affaires, manuel théorique et pratique, Ed.* Economica 2009 P.267 § 392

[10] Texte français, « Mon new deal », traduit de l'anglais par Marc Mousli, l'*Économie politique,* n°27, juillet 2005

Plus tard, les années 1990 donneront lieu à la création de la fonction de *Compliance officer* dans le dispositif de régulation de la sphère économique. Mais, dans la même décennie, les crises financières asiatiques et les scandales du type Enron éclatèrent.

La crise de 2008 a suscité des interrogations sur l'utilisation du système financier dans les processus de blanchiment. Des fraudes étaient avérées sur les marchés financiers, mais rares sont les poursuites pour blanchiment, des produits issus de ces fraudes, qui ont été communiquées. Les quelques condamnations qui ont eu lieu à la suite de la crise des *subprimes* ont rarement été le fait de l'incrimination du blanchiment. Est-ce à dire qu'il n'y a pas de blanchiment sur les marchés de capitaux ? Le bon sens amène pourtant à dire, peut-être facilement mais non sans pertinence, que s'il y a eu fraude, il y a nécessairement eu blanchiment.

9. On peut objecter que le *Compliance officer* n'a pas vocation à détecter les fraudes puisque les obligations légales qui sont les siennes ne portent pas sur la détection des fraudes. Le *Compliance officer* ne doit détecter que les opérations de blanchiment ou de financement du terrorisme, les fraudes ne sont pas dans son champ de compétence. En effet, les professionnels visés à l'article L.561-2 du Code monétaire et financier ont l'obligation de déclarer les sommes ou opérations dont ils **«** *savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou participent au financement du terrorisme* ». La détection des fraudes ne paraît pas intéresser les missions du *Compliance officer,* d'autant que les professionnels en charge de gérer les risques opérationnels y sont spécialement dédiés. En outre, les missions du *Compliance officer* ont une origine légale et ne procèdent pas d'une nécessité inhérente aux besoins de l'activité des institutions financières. Mais, comment les opérations de placement, de dissimulation ou de conversion des produits issus du crime pourraient-elles être mises en œuvre si ce n'est par des voies frauduleuses ?

Il serait erroné de croire que la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme n'ait pas eu de succès, ceux-ci sont d'ailleurs innombrables. Mais, ces succès sont pour la plupart localisés dans le même secteur, celui de l'économie réelle. La lutte contre le blanchiment des capitaux est principalement menée au sein des banques et des institutions financières. On pourrait donc croire que les succès de la lutte anti blanchiment sont, de ce fait, identifiés au sein du secteur financier. Ce qui serait le résultat d'un simple « effet d'optique ».

Les banques et les institutions financières fournissent du crédit à l'économie réelle. La plupart des faits de blanchiment qui ont pu être répertoriés ont été incriminés à l'occasion des opérations de financement d'entreprises de l'économie réelle. Le *Compliance officer* évolue dans un environnement faisant le lien entre l'économie réelle et le secteur financier, c'est en raison de

cette position que sa présence est spécifique aux banques. Très peu d'opérations de blanchiment ont été incriminées à l'occasion des échanges ayant lieu sur les marchés interbancaires ou sur les marchés des produits dérivés. Doit-on pour autant conclure que ces marchés financiers sont à l'abri des faits de blanchiment de capitaux ?

Le *Compliance officer* est, au départ, le chargé de conformité juridique. À l'origine, les affaires imputables à un non-respect ou à une maîtrise insuffisante de la législation ou de la réglementation ont amené les établissements bancaires à créer des postes de chargé de Conformité. En France, le principe du respect de la conformité a été inscrit, dès 1997, dans le règlement n° 97-02 du Comité de la réglementation bancaire et financière relatif au contrôle interne. Mais, le renforcement de la lutte anti-blanchiment a donné une nouvelle dimension aux missions du Chargé de conformité qui devait désormais détecter les opérations de blanchiment de capitaux, en plus de veiller à la légalité des opérations de la banque.

10. On peut se risquer à dire que tous les outils de régulation sont désormais acquis. Le changement de perspective, pour arriver à prévenir les crises ou simplement mieux réguler le système financier, doit consister non pas en la création de nouvelles institutions de régulation, mais plutôt en une meilleure définition et une coordination optimale des missions des organes de régulation déjà existant. Le *Compliance officer* fait partie du dispositif de régulation des marchés financiers français, c'est un truisme de le dire. D'ailleurs, dans son rapport au président de la République sur l'Ordonnance du 30 janvier 2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, Christine Lagarde[11] indique que « *les États doivent se doter d'instruments de régulation efficaces afin d'assurer la transparence dans le déroulement des opérations financières et le respect de l'égalité entre les acteurs de l'économie* ». On observe à ce titre que la nature circulatoire des objets de l'intégrité financière est partiellement appréhendée dans les organisations en charge de la lutte contre la criminalité financière, suivant la nature de leur activité. Les institutions financières ont, dans ce cadre, développé des moyens de lutte reposant essentiellement sur certains aspects des objets de l'intégrité financière, notamment en matière de lutte anti blanchiment.

Les missions du *Compliance officer* trouvent leur définition dans des bases essentiellement légales. Il s'en suit que la mise en œuvre de ces missions ne coïncident pas forcément avec l'intérêt stratégique de l'activité des établissements financiers. Non pas que ceux-ci ne veuillent pas mettre en œuvre la lutte anti blanchiment, ils y sont de toute façon assujettis, mais plutôt que l'objectif de rentabilité des établissements financiers s'accommode difficilement

[11] Ministre de L'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, au moment de la transposition de la « troisième Directive »

des impératifs de lutte contre la criminalité financière du *Compliance officer*. L'explication tient en partie dans le fait que la prégnance légale des fondements de la lutte anti blanchiment distrait de la véritable mission du *Compliance officer*. Cette mission consiste à garantir le maintien de l'*intégrité financière.* C'est en vertu et en s'accommodant aux contingences de l'*intégrité financière* que l'intérêt stratégique des missions du *Compliance officer* trouvera une mise en œuvre efficace tant au sein des établissements de crédit que dans le but plus global de la lutte contre la criminalité financière. La notion d'intégrité financière pourrait alors conduire à une meilleure définition des missions du *Compliance officer* au sein des établissements bancaires ainsi qu'à une meilleure coordination de la régulation des marchés financiers avec l'impératif moral de lutter contre la criminalité.

Cependant, on peut légitimement se demander à quoi correspond l'*intégrité financière.* Celle-ci désigne pourtant une réalité que l'organisation de la collectivité a toujours voulu instituer comme un idéal. Il suffit d'interroger les arts, que ceux-ci soient distrayants ou scientifiques, pour observer que l'idéal d'*intégrité financière* constitue une quête permanente pour la collectivité, quelles que soient les formes sous lesquelles l'on spécule à son propos. L'inclination qui consiste à penser que la quête de l'*intégrité financière* peut participer à une meilleure définition des missions du *Compliance officer* et à une coordination optimale de celles-ci avec la mise en œuvre de la lutte contre la criminalité financière nécessite que préalablement soit menée une réflexion sur ce qu'est la notion d'*intégrité financière*.

11. C'est une curieuse idée que celle de porter une réflexion sur la *notion d'intégrité financière*. Lorsque l'on interroge le sens commun ou l'imagination collective, celle-ci rattache, comme une évidence, l'*intégrité financière* aux questions liées à la corruption. L'économiste interpelé sur un tel vocable expose, sans hésiter, la capacité du système financier à répondre aux besoins de l'économie. Il évoquera alors des notions telles que la stabilité du système financier, la volatilité des prix et la spéculation. Le juriste voit dans le vocable *intégrité financière*, un terme qui, à défaut d'être générique, n'a pas de réalité homogène propre.

Ainsi, il aurait paru simple d'étudier la notion d'intégrité financière en la circonscrivant à la corruption. Mais, identifier l'intégrité financière à la corruption pourrait masquer l'étendue des avantages que procure une telle notion. Le fait est que l'objet de la corruption consiste essentiellement en des atteintes au devoir de probité et à la confiance en l'autorité de l'État. Or, l'intégrité financière renvoie à la circulation des signes et des obligations monétaires. Ceux-ci n'intéressent pas que la seule institution étatique. Il ne serait donc pas judicieux de réduire l'intégrité financière à la seule étude de la corruption.

La loi du 9 mars 2004 a institué des pôles interrégionaux spécialisés dans la lutte contre la délinquance et la criminalité organisée[12]. Ces JIRS disposent d'une compétence concurrente par rapport aux juridictions de droit commun et s'intéressent aux crimes attribués à des organisations criminelles dont l'élément déterminant est la notion de « bande organisée ». Depuis 2004, les JIRS instituées au sein de chaque cour d'appel[13] disposent de prérogatives sur les affaires d'une grande complexité en matière économique et financière. Cette complexité s'apprécie au regard du nombre d'auteurs, de complices ou de victimes concernés ou du ressort géographique sur lequel les investigations sont menées. Bien que les JIRS soient manifestes de l'attention portée sur la criminalité financière, ces créations juridiques relèvent de questions relatives à la procédure pénale en matière de criminalité organisée. Le nombre d'auteurs ou de complices qui définit la complexité du crime organisé s'éloigne de l'objet exclusivement monétaire et ne posent pas une définition de l'intégrité financière. Ainsi, l'organisation de la lutte contre le crime organisé ne participe qu'indirectement à la circonscription de l'objet du crime financier et est un concept englobant ce dernier.

Porter une réflexion sur la notion d'intégrité financière se heurte à une difficulté supplémentaire, la dimension internationale de la criminalité financière. La notion de crime est elle-même relative et varie d'un système juridique à un autre. Comment alors arriver à une réflexion sur l'*intégrité financière* sans que la réalité ainsi désignée soit différente selon les pays concernés par la criminalité financière ? Le *Compliance officer* est l'un des agents concernés par la mise en œuvre d'un tel concept. Aussi importe-il d'étudier l'intégrité financière à l'aune des missions du *Compliance officer.* Ensuite, le *Compliance officer* n'exerce que dans les juridictions qui ont une législation en matière de lutte anti blanchiment. L'adéquation de l'*intégrité financière* à la dimension internationale de la criminalité financière ne concernera, de fait, que l'échelle des pays qui ont une législation effective contre la lutte anti blanchiment. Ce qui ne signifie en aucun cas que les États n'ayant pas de législation anti blanchiment ne sont pas concernés par la criminalité financière. Mais, la réalité de l'intégrité financière se saisissant mieux par le prisme des missions du *Compliance officer,* il paraît judicieux de privilégier les systèmes juridiques dans lesquels la fonction de *Compliance officer* connaît une mise en œuvre effective.

Quand bien même la criminalité internationale connaîtrait des variations au gré des juridictions, les modes de commission des crimes sont sensiblement les mêmes, et la spécificité financière des crimes n'échappe pas à ce principe. Seules des considérations morales font varier la nature juridique du mode de commission, la technique et l'objet demeurent les mêmes. La réflexion sur une notion d'intégrité financière peut de ce fait être menée en la situant dans le cadre d'une seule

[12] Article 706-73 et s. du Code de procédure pénale
[13] Conformément à la loi n°75-01 du 6 août 1975

juridiction. En l'occurrence, la France est un champ d'étude propice à une telle réflexion, puisque le *Compliance officer* y exerce depuis plus d'une vingtaine d'années.

L'*intégrité financière* sonne avec une certaine élégance, mais livre difficilement sa substance. Il faut pourtant dire que cette dernière existe bien, les *Compliance officers,* en charge de la lutte contre le blanchiment des capitaux en ont l'expérience. Cependant, ils restent eux-mêmes incapables de dire à quoi elle correspond. En fait, la fonction de *Compliance officer* est née à la faveur d'une obligation. Ce qui implique que, de prime abord, le poste de gestionnaire lutte anti blanchiment n'est pas inhérent aux activités des institutions financières, qui le considèrent comme un centre de coût s'accommodant mal à l'objectif de rentabilité. Cependant, les établissements bancaires ont l'obligation d'intégrer la fonction de *Compliance officer* dans leur organigramme. De ce fait, des conflits peuvent être observés à la fois au sein des services lutte anti blanchiment ainsi qu'avec d'autres services. Ces conflits sont dus à l'absence d'une culture homogène au sein des personnels en charge de la lutte anti blanchiment et à l'absence de discours cohérents se fondant sur des disciplines dont l'enseignement serait généralisé au sein des universités.

L'absence d'homogénéité et de cohérence tient elle-même à la perspective cloisonnant les disciplines enseignées dans le cadre de la lutte contre la criminalité financière. La notion d'*intégrité financière* désignant la protection de la circulation de la monnaie et des obligations monétaires, elle permet d'envisager la criminalité sous une perspective décloisonnant les disciplines à partir desquelles la lutte contre le blanchiment des capitaux et l'optimisation de l'intégration de la fonction de *Compliance officer* dans la stratégie globale des institutions financières peuvent aisément être appréhendées. Mais avant tout, le cadre dans lequel peut être appréhendé la notion d'intégrité financière se pose comme un préalable. La circulation de la monnaie étant une partie de l'essence de l'intégrité financière, cette circulation doit être entendue en dehors des aspects relatifs à la célérité des objets monétaires lors de leur passage d'un patrimoine à un autre. Ainsi, seuls les facteurs institutionnels et individuels déterminant la circulation de la monnaie intéressent la notion d'intégrité financière. En fait, les facteurs institutionnels et monétaires reflètent deux problématiques, sociale et individuelle, de la circulation monétaire. La première est sociale parce que se plaçant directement au niveau de la collectivité et s'intéresse aux cadres sociaux des échanges. Elle explique la circulation monétaire par les conditions de l'activité de production, le droit ou les coutumes qui fondent par exemple les habitudes de paiement. Les comportements des agents individuels sont introduits comme des éléments qui viennent corriger l'influence des cadres institutionnels. Dans l'autre problématique, il est appliqué au domaine monétaire la rationalité du calcul économique inventé pour les biens et

les services. Mais, la référence à des comportements rationnels fait que les attitudes individuelles soient appréhendées indépendamment du milieu dans lequel elles se manifestent. Ainsi, l'allocation optimale du patrimoine se trouve effectuée dans la limite des contraintes représentées par les règles de droit ou les coutumes. Mais alors, ces facteurs servent seulement de bornes aux comportements[14]. C'est en cas de dépassement de ces bornes qu'il peut être fait appel à la rigueur de la matière pénale. L'intégrité financière trouve ainsi son explication dans la combinaison des facteurs institutionnels et individuels, qui peuvent donner lieu à une intervention de la norme pénale lors de la circulation de la monnaie. Le changement de perspective dans les enseignements à tirer des différentes crises conduit à poser de façon succincte que l'*intégrité financière* consiste en la protection de la circulation de la monnaie et des obligations pécuniaires, qui doivent suivre un circuit légitime. La légitimité du circuit tient elle-même dans les valeurs morales que se pose la collectivité et dans l'intérêt qu'elle y trouve. Ainsi posée, l'*intégrité financière* n'achève pas de montrer en quoi elle participe à une meilleure définition des missions du *Compliance officer*, pas plus qu'elle ne livre la mesure dans laquelle elle contribue à une meilleure coordination de la lutte anti blanchiment avec le combat plus large contre la criminalité financière. Il devient alors utile de cerner la réelle substance de l'*intégrité financière*, puis de voir comment celle-ci participe à la lutte contre la criminalité financière. Autrement dit, comment la notion d'*intégrité financière* doit-elle être appréhendée ? A quoi correspond-elle ? Qu'est ce qui justifie l'intérêt d'une *intégrité* à la circulation de la monnaie et des obligations pécuniaires ? Quelles sont les qualités opératoires d'une notion d'*intégrité financière* dans l'accomplissement des missions du *Compliance officer* ?

Dès lors, la réflexion sur une notion d'*intégrité financière* peut être organisée dans une première partie consistant en la définition de l'intégrité financière afin d'isoler sa substance véritable. La notion d'intégrité financière se veut hybride car tenant à la fois des sciences économiques et des sciences juridiques et ne peut être véritablement circonscrite que dans la mesure où les objets de l'intégrité financière sont définitivement identifiés (titre 1). Les objets de l'intégrité financière ont une nature circulatoire. Aussi importe-il, dans un premier temps, d'appréhender la nature circulatoire de la monnaie (chapitre 1). Par ailleurs, les obligations pécuniaires participent à la substance de l'intégrité financière. Les obligations sont des éléments du patrimoine des personnes. La propriété des objets de ces obligations représente un enjeu, notamment dans les relations économiques. D'où il importe de s'intéresser à la circulation commerciale des obligations monétaires (chapitre 2).

[14] Christian De Boissieu, *Les vitesses de circulation de la monnaie, une approche conflictuelle*, éditions Cujas, Paris 1975, p.240

Le régime juridique de la circulation des objets ainsi identifiés (titre 2) achève de poser la définition de l'intégrité financière. Les obligations et même la monnaie ne circulent que parce qu'ils sont transférés d'un patrimoine à un autre. Protéger la circulation des obligations ou de la monnaie implique de s'intéresser dans un second temps aux différents patrimoines affectés par les aspects actifs et passifs de ces transferts impliquant une protection de la propriété du patrimoine (chapitre 1). La transparence participe également à la circulation des obligations et la norme pénale intègre l'information dans le régime de protection s'extrayant de la notion d'intégrité financière. La norme pénale protège alors les informations fondant la circulation des obligations en protégeant l'information financière (chapitre 2). Dans une deuxième partie, l'on pourra s'intéresser aux qualités opératoires de la notion d'*intégrité financière* au travers d'une grille analysant les tâches quotidiennes du *Compliance officer*. Cette démarche permettra de voir comment cette notion contribue à redéfinir les missions du *Compliance officer* et à renforcer la lutte contre la criminalité financière. Le terme « intégrité financière » n'est usité ni par les sciences économiques ni par les sciences criminelles. Cependant, la réalité que désigne ce vocable est saisissable par les outils du droit privé et pénal, ainsi que par ceux de la gestion financière. Grâce à ses qualités opératoires, le concept d'intégrité financière peut notamment être utilisé dans la lutte contre la criminalité financière. Mais cette phase opératoire nécessite que les professionnels et les chercheurs concernés par cette problématique se saisissent de la notion d'intégrité financière. Celle-ci n'étant pas encore formalisée, il importe de s'intéresser aux problématiques liées à l'appréhension de l'intégrité financière dans la lutte contre la criminalité (titre 1). L'appropriation de la notion d'intégrité financière par les agents et les organisations s'investissant dans la lutte contre le crime impose que ces personnes soient d'abord convaincues de l'intérêt d'une telle notion. Aussi importe-il de s'interroger sur la pertinence de l'intégrité financière (chapitre 1), avant de constater qu'il y a des approximations de l'intégrité financière dans la lutte anti blanchiment (chapitre 2). Les qualités opératoires de l'intégrité financière pourront faire l'objet d'une illustration dans la gestion du risque de blanchiment (titre 2), qui incombe au *Compliance officer*. Le risque de blanchiment (chapitre 1) est devenu depuis la décennie 1990 l'un des enjeux majeurs de la lutte contre la criminalité financière. Dans le cadre de ses missions, malgré l'abondance des chiffres propres aux secteurs financiers, le *Compliance officer* n'a que très rarement recours à la force persuasive de la logique mathématique ou juridique. Il a plutôt un discours hybride se fondant sur les seules obligations légales. Ce qui parfois manque de renforcer la crédibilité de ses positions auprès des autres collaborateurs du secteur financier. D'où il apparaît que la notion d'intégrité financière puisse participer à la légitimation du discours du *Compliance officer* (chapitre 2).

Première partie. La notion d'intégrité financière

« Si donc l'histoire du capitalisme nous enseigne qu'il y a récurrence d'un certain nombre de phénomènes, cela signifie qu'il est possible de leur trouver une logique commune[15] *».*

[15] Michel AGLIETTA, *La Crise. Les voies de sortie*, éditions Michalon, Paris, 2010, p.126

Titre 1. Nature circulatoire des objets de l'intégrité financière

Les objets et les signes monétaires sont, au même titre que les obligations pécuniaires, les principaux objets de l'intégrité financière. Ces objets sont caractérisés par leur nature circulatoire. Aussi, l'appréhension de la notion d'intégrité financière consiste-elle, dans un premier temps, à décrire les mécanismes fondant la circulation de la monnaie (chapitre 1) et celle des obligations monétaires (chapitre 2).

Chapitre 1. La circulation de la monnaie

13. Dans son fonctionnement et sa mise en œuvre, la monnaie ne s'avère utile que parce qu'elle peut circuler. Cette circulation de la monnaie est rendue possible par son fonctionnement intrinsèque (section 1), mais surtout grâce à la confiance et à la protection de celle-ci. La circulation de la monnaie a également une origine fiduciaire (section 2).

Section 1. Le fonctionnement de la monnaie

14. Le fonctionnement de la monnaie a longtemps reposé sur la croyance que les manifestations monétaires étaient essentiellement d'émanation étatique. Aussi, s'agit-il dans un premier temps de montrer que la monnaie a en réalité une origine extra-étatique (I), avant de voir que la monnaie ne circule que grâce aux deux unités qui en constituent l'essence (II).

I. Émanation extra-étatique de la monnaie

La création de la monnaie n'est pas le fait d'un pouvoir naturel de l'État. Ce constat pose la limite de la théorie étatiste de la monnaie (1) et le rôle supplétif de l'État dans la création monétaire (2).

1. Limite de la théorie étatiste de la monnaie

15. Rémy Libchaber rappelle, dans son ouvrage, que le colloque de Dijon qui se tint en octobre 1987 fut l'occasion de constater que tous les intervenants s'adonnèrent à construire une théorie étatique de la monnaie[16]. A contrario, Nussbaum, et bien d'autres chercheurs, ont soutenu une théorie sociale de la monnaie[17]. La théorie sociale pose que le système monétaire procède de la société, de la collectivité et non de l'État. Mais cette opposition ne tient qu'à ce que les deux approches omettent de situer la place de la souveraineté de l'État dans la création de la monnaie, notamment dans le droit de battre monnaie. La théorie étatiste se fonde sur l'existence du droit qu'aurait, par nature, l'État sur la monnaie. Ce droit serait à la fois « *un attribut du pouvoir souverain* » et permettrait « *la circulation d'une monnaie qui ne serait ni créée, ni à tout le moins autorisée, par l'État, qui équivaudrait à lui contester ses prérogatives monétaires* ».
Or, récemment encore dans le sud de la France, une monnaie locale a commencé à circuler, alors même qu'elle n'est ni la création de l'État, ni la création des institutions européennes. En fait, cette illustration est proprement significative de l'étroitesse de la théorie étatique qui fait fi des

[16] Rémy Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privée*, LGDJ, Paris 1992, p.50 § 62
[17] Nussbaum A. *Money in the law, national and international*, Brooklyn, 1950, *In* Rémy Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privée*, LGDJ, Paris 1992

autres instruments qui ont pourtant un fonctionnement monétaire en servant d'instrument de compte et de paiement.

16. La doctrine étatiste de la monnaie assimile les pouvoirs monétaires consentis au pouvoir politique, à l'État, à la souveraineté de celui-ci. En d'autres termes, le pouvoir de battre monnaie serait manifeste de la souveraineté de l'État. Constater que l'État bat souvent monnaie n'implique pas forcément que l'État a le monopole du droit de battre, donc de créer la monnaie. Bien entendu, des préoccupations d'ordre constitutionnel, pour des raisons d'ordre public, peuvent poser comme garantie le droit de battre monnaie afin de consolider la souveraineté de l'État. Mais ce choix politique n'occulte pas la nature, l'essence de la monnaie en ce qu'elle est faite de deux unités, de compte et de valeur, qui rendent facultative l'intervention de l'État dans la création et la circulation de la monnaie.

Par ailleurs, le régime protégeant actuellement la création de la monnaie fiduciaire interdit de faire concurrence à la monnaie d'émanation étatique. On pourrait être tenté de voir dans la circulation de la monnaie propre à une localité[18], dans le Sud-Ouest de la France, une transgression à ce principe. Cette création concurrente n'a pas connu de suite judiciaire. Le silence de la réaction judiciaire ne doit pas être interprété comme un assouplissement de la prohibition de concurrence au monopole d'émission étatique. En réalité, cette absence de réaction judiciaire tient son explication dans l'état de la conjoncture économique.

D'abord, il est opportun de rappeler que cette création locale est une œuvre associative et avait vocation à pallier temporairement les difficultés économiques dues à la crise qui a débuté à l'automne 2008. L'échelle géographique de cette émission concurrente était circonscrite et ne concernait que quelques localités du Sud-Ouest de la France. Ensuite, de la même façon que l'on garantissait le billet de banque avec de l'or, l'Euro garantit la monnaie localement créée. Celle-ci, en quantité et en valeur, ne pouvant circuler que dans la mesure où sa masse correspond à celle des Euros la garantissant. Autrement dit, cette création monétaire ne doit son existence qu'à ce qu'elle est garantie par des euros mobilisés à cette fin. Au bout du compte, cette monnaie locale n'est que représentative des revenus, en euros, déposés sur un compte bancaire. La monnaie locale n'a fait que fonctionner comme la seule unité de paiement. Or, la monnaie consiste en unités de paiement et de valeur. En définitive, la monnaie locale ainsi créée n'émane pas de l'État, mais elle est garantie par une autre monnaie. Dans la mesure où il n'a pas été établi qu'elle eût été capable d'éteindre une dette sans qu'elle fût garantie par l'Euro, il paraît judicieux de retenir que cette dernière est la seule monnaie ayant cours légal en France.

[18] Par exemple : l'ABEILLE, qui est une monnaie locale complémentaire du Grand Villeneuvois, nouvellement créée en France en Janvier 2010.

2. Rôle supplétif de l'État dans la création monétaire

17. La monnaie fiduciaire, dans sa composition de billets et de pièces, constitue le moyen de paiement le plus effectif reconnu au pouvoir politique, à l'État. Cette spécificité monétaire ne doit pourtant pas cacher la « masse monétaire » qui se manifeste autrement que par des billets et des pièces, notamment la monnaie scripturale. Mais, même pour la création des pièces de monnaies ou des billets de banque, l'Histoire nous a montré que ceux-ci n'ont pas toujours été sous le monopole étatique. En effet, le droit de battre monnaie, avant et après la chute de l'Empire romain, était accaparé par tous ceux qui pour une quelconque raison en avaient l'intérêt et la possibilité.

Ensuite, le billet de banque a lui-même d'abord été une monnaie d'émanation privée, parfois même de particuliers. En effet, le billet de banque était, au départ, représentatif de créances sur des valeurs précieuses en dépôt chez un banquier ou chez un joailler. Les titres de créance au porteur émis par ces établissements permettaient d'alléger les transactions, en se substituant aux valeurs dont ils étaient représentatifs, ces valeurs étant des objets lourds et encombrants. C'est ainsi que les titres sont devenus des instruments de paiement, non par privilège d'émission intrinsèque aux banques et aux joaillers, mais en raison d'une représentation matérielle des richesses. Ce qui n'équivalait pas pour autant à une création de monnaie. Le premier billet de banque n'était pas une monnaie et n'avait pas la prétention de l'être, mais n'était qu'un substitut de monnaie ne valant que par les richesses gagées dont il représentait la mise en œuvre fictive. Enfin, on peut d'emblée faire observer que la monnaie scripturale s'est développée indépendamment de l'intervention étatique. Cette monnaie échappe d'ailleurs à un contrôle effectif de l'État. Concernant ce contrôle, on pourra toujours objecter qu'il existe des lois encadrant l'activité des banques, des instruments émis par celles-ci, mais il n'en demeure pas moins que l'État n'a aucun contrôle véritable sur l'ouverture des comptes au sein des banques ou sur la création des dépôts. C'est ainsi que la théorie étatique de la création monétaire ne s'est jamais focalisée que sur la seule monnaie fiduciaire, omettant de considérer la monnaie scripturale qui représente une part importante des transactions, notamment dans les économies ayant un système financier et des infrastructures développés.

La monnaie scripturale est créée par les banques privées, qui font l'objet d'un contrôle *a posteriori* par l'État. Les banques privées créent la monnaie scripturale à l'occasion des ouvertures de crédits qu'elles consentent sans contrepartie préalable. Ainsi, chaque fois qu'une banque ouvre un crédit et doit se refinancer pour le couvrir, il y a création de monnaie scripturale. De fait, l'État peut freiner ou stimuler la création monétaire des banques, mais il ne peut ni

l'interdire, ni l'imposer. L'État ne fait plus que surveiller après-coup la création monétaire, cette dernière consistant dans le prêt sans contrepartie disponible qui augmente la quantité de monnaie en circulation, la nature monétaire des créations scripturales étant elle-même déjà acquise.

18. La banque qui acquiert une créance et reçoit par la même des intérêts peut aussi acquérir toute sorte de biens par les papiers qu'elle émet, par exemple les chèques ; c'est le « seigneuriage », en référence à l'apanage des seigneurs. Cette monnaie est dite fiduciaire puisqu'elle repose sur la confiance en un signe abstrait reconnu par tous, et qu'elle n'est pas composée de marchandise nécessitant des coûts importants de fabrication, et peut être reproduite à volonté en fonction des besoins de crédit. Cependant, cette création reste limitée en raison de la nécessité d'une demande de crédit par les agents économiques, afin que la monnaie soit émise. La monnaie devient donc un moyen d'échange en même temps qu'elle est un pouvoir libératoire. Le dénouement de l'opération de crédit implique, en outre, que l'emprunteur rembourse *in fine*, à l'échéance du crédit, le principal et les intérêts. Autrement dit, l'octroi du crédit aura été l'occasion d'un accroissement de la quantité de monnaie.

Il est désormais établi que la monnaie n'est plus une marchandise et est devenue rapidement reproductible. Dans le cas où une seule banque aurait le monopole exclusif de la production des moyens de paiement dématérialisés, l'expansion de la monnaie serait démesurée puisque les instruments de paiement ne pourraient pas être « remboursés » en autre chose que de la monnaie, qui a un pouvoir libératoire. Ainsi, un jeu d'écriture suffirait à générer de la monnaie et les crédits seraient des dépôts.

19. Dans un système où cohabitent plusieurs banques, chacune d'elle se voit confrontée à la nécessité de garder des liquidités en réserve afin de faire face à des retraits de ses comptes. Cette nécessité introduit un mécanisme de modération, mais ne suffit pas à limiter la liberté de création monétaire puisque les banques peuvent accroître plus ou moins simultanément la création de leur propre monnaie. Par ailleurs, l'accès au marché interbancaire libère, dans une large mesure, de la nécessité de détenir des réserves tant que le marché est fluide, impliquant une certaine confiance entre les différents intervenants. Le fait est que les liquidités demandées entre chaque banque peuvent être fournies contre une rémunération.

Mais le mécanisme de création monétaire peut être modifié avec la présence d'une banque centrale. Celle-ci délivre aux agents économiques une monnaie spécifique sous forme de billets et peut influencer la quantité de monnaie en circulation. Cette dernière faculté résulte de ce que la banque centrale peut imposer des réserves obligatoires pour restreindre le montant de ses refinancements ou, elle peut renchérir le coût des ressources financières des banques sur les

marchés de titres à court terme. C'est ainsi que le pouvoir de la banque centrale de fournir de la liquidité sur le marché monétaire la rend responsable de la fixation des taux d'intérêt et des conditions de refinancement.

En revanche, la gestion de la liquidité de la banque centrale n'est qu'un moyen indirect et ne suffit pas à déterminer la masse monétaire, puisque le volume de celle-ci est décidé par les agents privés qui la créent[19]. Ainsi, le monopole de création monétaire apparemment reconnu à l'État n'est, dans sa réalité, limité qu'aux seuls signes monétaires que sont les billets et les pièces. Mais, la protection du monopole d'émission étatique a renforcé la confiance du public dans la monnaie fiduciaire et facilite sa circulation.

Il convient de noter que la protection du monopole de l'État sur la création des billets et des pièces contribue à renforcer la confiance du public à la fois dans la monnaie dite fiduciaire (billets et pièces) et dans la monnaie scripturale (dépôts à vue ou comptes courant). Cependant, la monnaie scripturale ne circule que dans la mesure où elle reste convertible en liquide (billets et pièces). C'est ce qui explique les réserves obligatoires imposées par la Banque centrale, notamment lorsque les banques accordent des crédits.

L'imagination collective circonscrit souvent les crédits à ceux participant au financement de l'économie réelle, faisant abstraction de ceux ayant lieu sur le marché interbancaire ou sur les marchés financiers. Cette dimension du crédit ou de la création monétaire implique que certains instruments financiers, qui sont la forme sous laquelle la monnaie circule sur les marchés financiers, soient inclus dans la masse monétaire.

La masse monétaire désigne le stock de monnaie disponible à un moment donné dans une économie pour effectuer des règlements ou servir de réserve de valeur. En 1907, l'économiste Irving Fisher soutient que la masse monétaire désigne la relation qui existe entre la quantité de monnaie disponible et le volume des transactions. Du fait de cette relation, une insuffisance de monnaie peut freiner le développement de l'activité et une progression trop rapide du stock de monnaie peut alimenter une demande qui excède les possibilités de réponse de l'économie et se traduire par une élévation des prix.

Ainsi posée, la définition de la masse monétaire entraîne des problèmes quant à la mesure de la quantité de monnaie. En fait, la difficulté consiste à distinguer au sein des actifs financiers ceux qui constituent de la monnaie, puisque généralement seuls les actifs susceptibles de servir pour des règlements et de réserve de valeur, sont considérés comme de la monnaie. A ce titre, les actifs financiers détenus par les institutions financières sont souvent exclues, au profit de ceux

[19] Daniel Szpiro, *Économie monétaire et financière*, éditions De Boeck Université, Bruxelles, 2009.

détenus par les agents non financiers parties prenantes dans les transactions et devant effectuer ou recevoir des paiements.

Des actifs financiers sont considérés comme de la quasi-monnaie car ils sont transformables en moyens de paiement dans un bref délai, facilement et presque sans risque de perte en capital de sorte qu'on les englobe dans les calculs des avoirs disponibles sur lesquels se fondent les comportements de dépenses des agents économiques. En raison de la difficulté à distinguer les actifs monétaires de ceux qui ne le sont pas, les économistes choisissent de calculer plusieurs agrégats monétaires.

En France, une réforme de la fin des années 1980 a tenu compte des innovations financières apparues au cours de la décennie et a été mise en œuvre dès le 1er janvier 1991. Cette réforme prévoit quatre agrégats monétaires et trois autres non-monétaires. Dans l'agrégat monétaire dit M3, il est d'usage de regrouper, outre l'agrégat M2, un ensemble de placements non disponibles à vue, mais seulement à court terme ou dont la disposition ne peut résulter que d'une négociation comme les placements en titres émis par les OPCVM. Ces placements sont inclus dans l'agrégat monétaire car leurs détenteurs les considèrent comme une réserve transformable en moyen de paiement dans des délais relativement rapides et en tiennent compte dans leur comportement de dépenses.

La nécessité de prendre en compte l'agrégat monétaire M3 a été renforcé par le développement des innovations financières conduisant à proposer de nouveaux produits, rémunérés à taux de marché, mais qui, sans être disponibles à vue, présentent un haut degré de liquidité. Par ailleurs, la composante la plus importante de la masse monétaire est désormais constituée par les agrégats M3-M2 qui sont composés des placements en titres d'OPCVM de court terme et qui constituent désormais une forme fréquente de placement liquide. L'agrégat M4 englobe également les titres de créances négociables émis par des agents non financiers[20]. En définitive, la masse monétaire concerne aussi bien les billets de banque et les dépôts à vue que certains actifs financiers[21], qui sont eux-mêmes représentatifs de contrats. S'intéresser à la circulation de la monnaie implique donc d'intégrer dans la réflexion à la fois l'analyse sur les titres financiers inclus dans la masse monétaire et les contrats sur la base desquels sont conçus lesdits titres. Les obligations doivent être prises en compte dans la circulation de la monnaie en considération de leur nature monétaire. Cette nature monétaire tient elle-même de ce que les titres financiers dont la maturité est inférieure ou égale à deux ans sont eux-mêmes comptabilisés dans l'agrégat monétaire M4. Les titres ainsi comptabilisés sont des contrats financiers dont l'objet est le plus souvent constitué des parts sociales ou des actions représentatives du capital social des sociétés.

[20] Bon du trésor, billets de trésorerie, etc.

[21] Xavier Lacaze, *Le dictionnaire encyclopédique de la finance*, Volume I, 1995-1996, Éditions Finagren, Paris 1995

II. Fonctionnement unitariste de la monnaie

20. La monnaie, qui n'est pas une création naturelle de l'État, a une structure intrinsèque sur laquelle repose son fonctionnement. Celui-ci est rendu possible par les qualités des deux unités de valeur et de paiement qui posent le dualisme monétaire (1). Ce dualisme monétaire est ainsi le principe permettant à la monnaie de circuler. Mais, ce principe n'est efficace qu'à l'intérieur d'un régime nominaliste s'organisant autour de l'unité de paiement, d'où l'intérêt d'envisager l'unité de paiement dans le nominalisme monétaire (2).

1. Dualisme monétaire

21. Les économistes définissent la monnaie comme tout ce qui est généralement accepté en paiement des biens ou services ou pour le remboursement de dettes. Le numéraire ou argent liquide correspond à cette définition et ne représente qu'une partie de la monnaie, puisque les dépôts sur des comptes d'épargne peuvent aussi servir de monnaie s'ils peuvent être transformés rapidement et facilement en numéraire ou virés sur des comptes courants. Ce qui entraîne cette définition large de la monnaie qui pose qu'elle est « *tout ce qui est généralement accepté en paiement des biens ou services ou pour le remboursement des dettes*[22] ». Schumpeter, dans son *histoire de l'analyse économique,* définit la monnaie comme un expédient technique adopté en vue de faciliter les transactions, mais il admet qu'elle est un « voile » cachant les choses vraiment importantes, aussi bien pour ceux qui l'utilisent que pour ceux qui l'étudient[23].

22. La monnaie apparaît comme un objet juridique dès lors que l'on en donne une description utilisant les outils conceptuels du droit privé, et non des références institutionnelles ou des notions économiques. La monnaie se définit ainsi comme un système dont l'objet est de permettre la régulation des relations sociales. A cet effet, deux composantes existent dans la monnaie. D'une part, une unité de valeur qui permet d'étalonner tous les objets disponibles dans les relation sociales, de les comparer les uns aux autres, de libeller les dettes de sommes d'argent qui ont pour origine la prise en compte de la valeur d'un bien ou d'un service et un moyen d'extinction des dettes libellées en unités de valeur[24]. D'autre part, une unité de paiement qui joue un rôle social. Cette dernière unité permet ainsi de détendre des relations sociales par l'extinction des dettes de sommes d'argent.

---

[22] Frédéric Mishkin, *Monnaie, banque et marchés financiers*, 8e édition, Pearson Education, Paris, 2007 p. 65 § 1

[23] J. A Schumpeter, *Théorie de la monnaie et de la banque, l'essence de la monnaie,* tome 1 et 2, Les Cahiers d'Economie Politique, L'Harmattan, 2005

[24] Rémy Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privée*, LGDJ, Paris 1992

Cependant, l'identification de ces deux unités ne suffit pas à circonscrire complètement le concept de monnaie. En effet, la monnaie est aussi un procédé de régulation d'essence mentale, ordonné par le jeu combiné de ces deux unités, et une réalité matérielle prenant diverses formes, dont l'ensemble constitue une matérialisation secondaire des processus de régulation. Le fait fondamental de la monnaie est la réunion des deux unités, qui seules rendent possible le fonctionnement d'un système d'obligations monétaires. « *C'est donc cette dissociation entre les deux unités composant la monnaie qui permet d'unifier le champ des moyens de paiements, en dépit de leur variété, de l'hétérogénéité même qui caractérise la monnaie*[25]. *Pourtant, la dissociation des unités de paiement et de valeur laisse apparaître qu'il y a d'une part les supports monétaires permettant de stocker les unités, et d'autre part, les instruments permettant techniquement de les faire transiter d'un patrimoine à un autre, rendant ainsi possible le paiement* ».

En outre, la dissociation des deux unités dévoile l'imbrication de tiers dans les relations monétaires. Bien qu'il ne soit plus utile de démontrer que l'État n'est pas un intervenant indispensable à la validité ou à la circulation des unités monétaires, il reste néanmoins un acteur non négligeable. En effet, autant l'essence de l'unité de valeur renvoie à des processus d'appréhension individuels d'ordre psychologique, autant l'unité de paiement est une essence renvoyant aux relations sociales. La monnaie pourrait ainsi être matérialisée de façon conventionnelle, l'important étant que sa circulation soit reconnue et acceptée par le corps social. Dans les rapports monétaires, les banques ou l'État apparaissent comme les garants de la monnaie en circulation et peuvent, parfois, mettre en jeu leur responsabilité, au même titre que d'autres tiers, en raison de leur intervention. Cette intervention vient notamment renforcer la fluidité de la circulation monétaire déjà rendue possible grâce à l'unité de paiement.

Cependant, Rémy Libchaber suggère que du fait de sa structure unitariste, la monnaie serait insusceptible de demeurer dans un patrimoine. Autrement dit, il ne serait pas possible d'exercer les privilèges du droit de la propriété sur la monnaie, celle-ci ayant essentiellement vocation à réguler les tensions sociales en éteignant les dettes, elle ne fait que circuler. C'est en raison de cette nature circulatoire que la monnaie serait insusceptible d'appropriation. Or, sur cette autre nature de la monnaie, deux observations peuvent être faites.

D'abord, en plus d'avoir un pouvoir libératoire en éteignant des dettes, la monnaie a également un pouvoir d'acquisition. Le pouvoir libératoire de la monnaie ne se justifie que parce qu'elle éteint les dettes nées à l'occasion des obligations. Le débiteur qui exécute son obligation éteint celle-ci en payant le montant correspondant à la valeur de sa dette. Par ce transfert de monnaie, le

[25] Pièces, billets de banque, virements, chèques, etc.

débiteur se libère, d'où le « pouvoir libératoire » de la monnaie. Mais la structure de l'obligation est telle que le pendant de la dette est la créance. Celle-ci désigne la prérogative qu'une personne a sur l'autre partie à l'obligation. Le créancier est celui qui jouit des prérogatives qu'offre la dette que doit éteindre le débiteur. Ces prérogatives représentent le droit de recevoir un bien ou une prestation, c'est la créance. L'exécution d'une obligation se matérialise par l'extinction d'une dette et le transfert concomitant d'un bien ou d'une prestation.

Ensuite, la monnaie peut se substituer au bien ou à la prestation représentant la contrepartie d'une obligation. Autrement dit, en échange d'un bien ou d'une prestation il est possible de transférer de la monnaie pour exécuter une obligation. A ce titre, la monnaie revêt un pouvoir d'acquisition. Le fait est que le détenteur d'unités monétaires a la certitude de pouvoir acquérir tous les biens et services ayant une valeur équivalant au montant d'unités monétaires dont il dispose dans son patrimoine. Le détenteur d'unités monétaires a ainsi intérêt à les conserver en vue de l'extinction future d'une dette ou de l'acquisition d'un bien ou d'un service. Ce qui signifie que la détention d'unités monétaires peut précéder la création d'une obligation. C'est d'ailleurs cette caractéristique des unités monétaires qui permet à celle-ci de réaliser les échanges en passant outre la double concordance des besoins indispensable dans le troc.

Enfin, la monnaie se matérialise par des manifestations corporelles (billets et pièces) ou par des manifestations scripturales. Sous leur forme corporelle les signes monétaires sont des meubles susceptibles d'appropriation, mais qui ont la particularité de bénéficier d'une protection spéciale par l'État. En tant que meuble, les signes monétaires (billets et pièces) entre dans le champ du régime juridique applicable aux biens meubles. Sous leur forme scripturale, les signes monétaires sont représentatifs des créances et des dettes qui lient les parties à une obligation. Ils entrent à la fois à l'actif et au passif des patrimoines respectivement créanciers ou débiteurs. A ce titre, la monnaie scripturale est sous le régime du droit des obligations qui définit les mécanismes d'appropriation des signes monétaires en ce qu'ils sont soit représentatifs de créances, soit représentatifs de dettes. Ainsi, le droit des obligations et les droits réels de propriété permettent de déterminer les régimes d'appropriation des signes monétaires. La monnaie est donc susceptible d'appropriation et de conservation dans un patrimoine, les unités de valeur et de paiement ne font qu'expliquer son fonctionnement intrinsèque.

2. L'unité de paiement dans le nominalisme monétaire

23. La monnaie, considérée isolément, permet de dégager la structure des obligations monétaires. Ainsi, il y aurait une dette de monnaie lorsque de la monnaie serait due puis payée. L'appellation *dette de somme d'argent* recouvre en fait deux situations, selon son objet et sa

source. La dette monétaire peut être soit une dette libellée en unités de valeur, soit une dette libellée en unités de paiement. Dans le premier cas, la constitution de la dette procède de la prise en compte de la valeur d'un bien ou d'un service. Dans le second cas, elle résulte d'une restitution. De ce fait, la rationalité du paiement serait à rechercher plus dans la cohérence du droit des obligations que dans la spécificité de la monnaie.

24 Il convient de relever que jusqu'à la fin du dix-neuvième siècle, l'or a suffi à remplir l'essentiel des besoins monétaires et a constitué une forme de monnaie pure. Depuis lors, les formes monétaires se succèdent et aucune des formes de monnaie en circulation ne paraît se suffire à elle-même. De précédents auteurs ont cru que la monnaie s'identifiait au métal précieux, faute d'avoir rien vu d'autre jouer le rôle de monnaie. Des auteurs plus contemporains en viennent facilement à penser qu'il est un truisme de penser que la liste exhaustive des variétés de formes de monnaie n'est pas circonscriptible en l'état actuel de la complexité et de la fécondité des formes de monnaies. Cependant, les nombreuses et diverses expériences monétaires observées jusqu'ici, finissent de nous convaincre, au même titre que Rémy Libchaber, que tout ce qui porte le nom de monnaie naît d'une même nature, un fonctionnement de fond, rendant possible le concept de monnaie.

25. L'intensification du développement des formes monétaires a permis de préciser la nature juridique de la monnaie en circulation. Cependant, on peut observer que l'accélération des développements des formes de monnaie aboutit à des objets de plus en plus abstraits jouant le rôle de monnaie. Le fait est que ceux-ci tiennent désormais dans un simple jeu d'écriture, tout en incorporant le temps dans leur fonctionnement, le paiement devenant une opération complexe qui détache la sortie d'unités de paiement du patrimoine de son entrée dans un autre. On en arrive ainsi à assimiler la monnaie au crédit. La monnaie devient un système d'information qui libelle des dettes et les éteint. En accélérant plus encore le développement des formes de monnaie, on peut imaginer que la monnaie telle que nous la connaissons actuellement, vienne à disparaître pour être remplacée dans les relations sociales par quelque chose de mieux adapté aux exigences des transactions modernes[26].

26. La nature de la monnaie à laquelle nous souscrivons ne doit pas faire perdre de vue que le principe en vigueur est celui du nominalisme. Ce qui implique que seul le nom définit la monnaie, même si les unités précédemment identifiées caractérisent la monnaie dans sa nature. Le nominalisme monétaire n'a pas de source proprement identifiée. Il faut dire que le cours légal

[26] Rémy Libchaber, *recherches sur la monnaie en droit privé,* L.G.D.J, Paris, 1992

oblige les créanciers d'une obligation en somme d'argent, à recevoir en paiement les instruments monétaires posés par la loi, les billets de la Banque de France émis en vertu de l'habilitation de la Banque centrale européenne[27]. A ce titre, le cours légal n'intéresse que la monnaie de paiement, tandis que la monnaie de valeur ne fait que déterminer la valeur de la dette. Le cours légal ne fait donc que dispenser la Banque de France de rembourser en or les billets qu'elle émet[28]. Le code civil énonce que *« l'obligation qui résulte d'un prêt en argent, n'est toujours que la somme numérique énoncée en contrat* », consacrant, dans une certaine mesure le nominalisme monétaire. Mais il convient de noter que le nominalisme ne demeure que lorsque la convention ou la loi ne l'excluent pas expressément. La monnaie ou l'argent, tel que nous l'envisageons dans nos développements, correspond donc à une forme de nominalisme intégrant les unités de paiements et ceux de valeur. Mais, la circulation de la monnaie n'est pas due au seul fait intrinsèque des unités de valeur et de paiement. Ceux-ci ne fonctionnent de façon efficace que si le public a confiance dans les manifestations monétaires admises par les conventions sociales.

Section 2. Origine fiduciaire de la circulation monétaire

27. La circulation de la monnaie est due pour une part à sa structure intrinsèque faite d'une unité de valeur et d'une unité de paiement. D'autre part, la confiance du public constitue l'autre élément à défaut duquel la monnaie ne saurait circuler. Pour garantir cette confiance, il a fallu que l'État s'approprie le droit de battre monnaie. Ce droit est celui qui, au fil du temps, a contribué à la création monétaire (I), notamment de la monnaie dite fiduciaire puisque la monnaie scripturale reste pour l'essentiel le fait d'acteurs privés. En posant le concept de monnaie, la description de son fonctionnement par les sciences juridiques se trouve facilitée. Mais, ce seul concept ne suffit pas à expliquer la circulation de la monnaie. Cette explication repose également, dans une large mesure, à l'action de la répression de l'État contre les falsifications monétaires. La répression contre le faux-monnayage (II) contribue également à la circulation de la monnaie.

I. La création monétaire

Même si la monnaie n'est pas une création naturelle de l'État, la monnaie fiduciaire ne circule que grâce à l'appropriation séculaire du monopole de sa création par les autorités publiques. Aussi, la création monétaire implique-t-elle que soit envisagée l'histoire de la monnaie fiduciaire (1), avant de montrer qu'au-delà des objets qui la matérialisent, la monnaie est aussi un concept (2).

[27] Article L. 141-5 du Code monétaire et financier
[28] Loi du 1er octobre 1936

1. Histoire de la monnaie fiduciaire

28. La rondelle de métal estampillée, serait apparue au début du septième siècle avant Jésus-Christ. De nombreux auteurs placent sa naissance en Lydie, mais des hésitations subsistent quant au souverain auquel il faudrait attribuer cette invention. La paternité de celle-ci oscillerait entre Candaule, Gygès et Crésus. Toutefois, il peut être utile de souligner que le monnayage, apparu en Lydie, connut son extension, sur le développement du commerce de la Grèce et de ses emprises coloniales, de sorte qu'en dix siècles, entre le septième siècle avant Jésus-Christ et le troisième siècle de notre ère, les grecs auront fourni plus de 150.000 types monétaires différents émis par 600 souverains au sein de 1400 cités.

29. Au fil de son évolution, le monnayage a conservé des caractères propres et s'est globalement défini comme essentiellement fait d'or et d'argent. Les émissions monétaires de Rome paraissaient assez frustres au départ. Elles étaient constituées de larges pièces de bronze coulées. Puis, elles s'affinèrent et prirent pour modèle le monnayage grec. Lorsque la République, puis l'Empire, s'acquirent la prépondérance politique sur le monde méditerranéen, le monnayage romain comprit à la fois de lourdes monnaies de bronze et leurs divisions de métal, et des monnaies de format plus réduit d'or ou d'argent, frappées et non plus coulées.

30. Les invasions barbares installèrent leur domination sur l'Europe et firent disparaître les restes de l'Empire. L'Empire byzantin conservera le système monétaire romain fondé sur le sou d'or. Les occupants barbares se contentèrent d'imiter les espèces de ceux qu'ils avaient vaincus en mettant en circulation des pièces d'or d'un style parfois rude. L'apogée carolingienne tentera de reproduire le monnayage romain, mais l'atomisation féodale lui succéda. Celle-ci réduisit l'usage du numéraire et éparpilla le droit de battre monnaie entre les Seigneurs. Le monnayage du Haut-moyen âge fut constitué de petites pièces d'argent de style uniforme et appauvri, alors que l'or ne circule plus du tout.

31. A Rome, les *tessères* étaient de petites plaquettes de métal, d'ivoire ou de terre cuite. Elles étaient selon les circonstances de forme et de destinations variées. Les *tessères* pouvaient, entre autres, représenter un bien en nature, destiné à compléter le traitement d'un fonctionnaire, en une quantité de blé, de vin, de récompense pour bons services sous forme de terre sur le territoire romain ou dans ses colonies, ou de tout autre produit. Il pouvait également s'agir de tout bien semblable distribué au public par l'Empereur. C'étaient les *liberalitates,* les *congiara* qui pourvoyaient le peuple en huile, vin, blé que l'on pouvait recevoir en échange de la *tessère* donnée par l'Empereur. Ces *tessères* pouvaient circuler et passer de main en main, en échange de

quelques autres produits que celui dont elles représentaient le droit d'attribution. Dans le même esprit, dès le deuxième siècle avant Jésus-Christ, les chinois utilisaient une monnaie de daim qui représentait la valeur de 40.000 pièces de cuivre et qui permettait de traverser le pays sans avoir à transporter de lourdes sacoches de monnaies.

32. Au treizième siècle, les banquiers se mirent à utiliser la lettre de change. Par un jeu d'écriture, les banquiers préemptaient de faire circuler un commis de banque d'un comptoir à un autre sans courir le risque d'un vol. Dans le jeu d'écriture, le bon n'était qu'un intermédiaire au départ. Plus tard, des lettres de crédit purent passer de comptoir en comptoir, permettant une réelle circulation et facilitant les paiements en évitant la pesée des pièces et le calcul du change entre les monnaies de diverses provinces émises sur la base d'une unité de poids différentes.

33. En 1656, le banquier Palmstruck, à Amsterdam, se mit à acheter les lettres de change de ses clients en les payant au moyen de billets portant sur des sommes rondes, payables en espèces et à vue, sans date d'échéance. Ses clients pouvaient se libérer vis-à-vis de leurs créanciers avec ses billets, qui revenaient pour paiement en espèces à la banque Palmstruck, qui les remettait en circulation. On tenait ainsi le premier système de billet de banque privée.

34. En juin 1685, l'Intendant du roi en Nouvelle France (Québec actuel), confronté à une pénurie l'empêchant de régler le solde de ses soldats, décide de distribuer des reconnaissances de dettes garanties par l'État, à travers lui-même, et grâces auxquelles ses hommes pouvaient se faire ouvrir des crédits dans la ville. Par prudence, il choisit d'utiliser des jeux de cartes qu'il fait marquer du sceau de l'Intendance et qui sont impossibles à contrefaire ou à imiter. Chaque carte avait une valeur fixe déterminée par l'Intendant. Puis elles furent échangées contres des pièces et tout redevint comme avant.

35. En 1693, les directeurs, des hôtels des monnaies furent autorisés, dans le cadre des échanges des pièces de type ancien contre les types nouveaux, à délivrer aux déposants des reçus provisoires, d'abord remboursables à un mois. Le but était de permettre aux ateliers de réunir un assez grand nombre de monnaies de types anciens pour pouvoir les refrapper aux coins nouveaux. Un arrêt du Conseil du roi du 19 Septembre 1701 donna à ses reçus un cours forcé, en les rebaptisant « billets de monnaie ». Ces billets portaient intérêts et lorsqu'ils arrivaient à échéance, ils étaient remboursés par d'autres billets. Les intérêts qu'ils portaient étaient parfois eux-mêmes remboursés en billets d'intérêts. La circulation de ces billets fut telle qu'en 1707 une bonne partie fut retirée de la circulation. Ces billets, émis par l'administration des Monnaies et d'autres administrations royales eurent pour conséquence de masquer l'étendue de la dette du Trésor à la

mort du roi de France. En 1716, John Law fut autorisé par le Régent à créer une « Banque générale » au capital de 6 millions de livres divisé en 1200 actions. Chaque action était émise pour une valeur de 1000 écus (5 livres) et les billets de banque émis étaient libellés en « écus du poids et titre du jour » (donc du jour de leur émission). Ce qui établissait une valeur fixe en écus d'argent de titre et de poids déterminés, et mettait ces billets à l'abri des manipulations monétaires qui faisaient varier le poids d'or ou d'argent de la livre. Cette stipulation donnait une position préférentielle au billet de banque par rapport au numéraire métallique. Ce fut la première banque privée d'émission jamais autorisée en France. Elle contribua à « *raffermir le crédit public* » avant de connaître plus tard des difficultés qui allaient la conduire à sa perte, du fait de la dépréciation de la valeur des actions et de celle des billets.

36. Le 24 mars 1776, sous le règne de LOUIS XVI, la Caisse d'Escompte émis à nouveau des billets de banque. Créée par un arrêt du Conseil du Roi du 1er janvier 1767, la Caisse d'Escompte émit des billets sous forme d'actions au porteur avec versement de dividende et une circulation courante. Les événements de 1789 détériorèrent la situation économique. Ces billets durent avoir pendant un temps un cours forcé. Cette même année l'Assemblée Constituante décida de nouvelles émissions. A ce propos, le Député de Chartres, Pétion de Villeneuve, futur maire de Paris, tint, en décembre 1789, le discours suivant : « *Nous pouvons fabriquer nous-mêmes le numéraire fictif ; nous avons à notre disposition les fonds domaniaux et ecclésiastiques : créons des obligations à ordre, faisons leur porter un intérêt,* ***assignons*** *leur un paiement certain* ». Les billets ainsi créés devinrent des ***assignats.*** Les domaines nationaux étant évalués à 400 millions, ces *assignats* furent émis à concurrence de cette somme, conformément à ce que décida l'Assemblée Constituante par un décret voté le 19 décembre 1789. Ces *assignats* furent émis à partir de 1790 et étaient remboursables en cinq ans à dater de leur émission, soit de 1791 à 1795. Leur mise en circulation eut lieu le 10 août de l'année suivante.

37. Lorsque la Monarchie fut définitivement renversée, sous la République (proclamée le 22 septembre 1792) les émissions se multiplièrent et contribuèrent à aggraver la situation, les valeurs faciales des billets se multiplièrent également. La valeur faciale des *assignats* fut modifiée avec l'instauration définitive du Franc en 1795, et d'autres billets s'ajoutèrent à ceux déjà en circulation. Cette multiplicité des valeurs faciales avait une influence dans le processus de dégradation des *assignats* en généralisant la circulation et en créant un nombre étendu des créanciers de l'État. Cette généralisation des porteurs des *assignats* se répandit dans les populations ne disposant ni des moyens financiers ni des moyens conceptuels pour pouvoir s'en servir convenablement. La circulation de cette monnaie-papier se généralisa auprès d'une grande

majorité de personnes dont il n'était pas sûr qu'elles comprissent le système ainsi mis en place par les *assignats.* Une panique s'empara de la population qui en plus de demander le remboursement de leurs billets déconsidéra les *assignats*. De plus, la fabrication d'*assignats* de faible valeur faciale favorisait une production démesurée. En février 1796, la fabrication des *assignats* fut arrêtée, et au lieu des 400 millions initialement prévus, il en fut tiré 45 milliards.

38. Avec l'émission des *assignats,* des utilités psychologiques vont être trouvées dans les billets. Les pièces de monnaie représentaient souvent pour les gouvernants un moyen d'informer leur peuple : les *assignats* vont être utilisés aux mêmes fins[29]. Les dirigeants révolutionnaires vont ainsi faire apparaître des allégories représentant la Justice, l'Égalité, la France représentant les Droits de l'Homme, le Génie de la Liberté gravant la Constitution, etc.[30]. Ces représentations, tant dans la forme que dans le fond, étaient déjà pratiquées sur les monnaies romaines. Les mentions portées sur les assignats ne seront plus simplement des indications de date et de valeur, mais elles feront passer divers slogans tels que *« Unité, Indivisibilité de la République, Liberté, Égalité, Fraternité, etc. »*[31]. Les allégories apparaissaient plus souvent sur les billets de faible valeur, pouvant être manipulés par les citoyens les moins riches, qui souvent ne savaient pas lire. Les slogans, eux, étaient réservés aux lettrés, donc aux citoyens plus aisés, se retrouvant sur les billets de valeur plus importante. D'autres mentions visaient plutôt à décourager les faussaires en les obligeant à recopier et donc à connaître les peines dont ils étaient punissables : « *La loi punit de mort le contrefacteur, la Nation récompense le dénonciateur* ». Mais Barras disait : « *ils le recopient, mais ils ne savent pas lire* ».

39. Les billets de l'État crées en 1715 étaient en réalité des reconnaissances de dette de l'État sous forme d'un formulaire qui n'était qu'une feuille de papier blanc vergé, comportant un filigrane, sur laquelle étaient imprimés les termes de la dette avec des blancs permettant d'indiquer le montant du billet et la date de la reconnaissance, accompagnée d'une garantie. En 1720, les billets ne sont plus gravés, mais typographiés. Leur impression ne se fait plus au moyen de plaques gravées en creux, mais au moyen de caractères en relief. Les billets ainsi produits bénéficient de protection au niveau du support, au niveau de l'encre employée, au niveau des mentions et motifs imprimés, des procédés de fabrication du timbre sec, etc.

40. La loi du 24 Germinal an XI (14 avril 1803) donna à la Banque de France le privilège de l'émission des billets pour Paris et un droit de contrôle sur les billets émis par les banques

[29] Yves Bianco-Brun, *la falsification monétaire,* thèse pour le Doctorat, Université de Bordeaux I, le 28 juin 1978
[30] *Ibid.*
[31] *Ibid.*

régionales. Ce texte autorisait surtout l'émission par ces banques d'un papier faisant office de numéraire, tout en précisant que le cours de ce papier devait être offert à l'acceptation de ceux qui le recevraient. « *Ce papier diffère à la vérité des monnaies parce que, n'étant point forcé, chacun peut le refuser…* ». C'est en ces termes que Cretet, orateur du gouvernement, s'exprima devant le Corps législatif. Le billet de banque ne s'imposait donc pas dans les paiements, il était de cours libre, il n'était considéré que *« comme un papier de simple-confiance »*.

41. Le décret-loi du 15 mars 1848 conféra le cours légal aux billets de la Banque de France. Cette mesure fut ensuite étendue par le décret du 25 mars 1848 aux billets émis par les banques départementales d'émission, qui furent ensuite absorbées par la Banque de France qui centralisa désormais le pouvoir d'émission pour tout le territoire. Le cours légal signifiait que les billets ne pouvaient être refusés en paiement. Ils acquéraient ainsi le caractère de monnaie, au même titre que la monnaie métallique. En 1870, ce cours légal fut rétabli après avoir été supprimé en 1850. Mais, cette fois les billets devenaient inconvertibles en espèces métalliques. Puis, en 1878, le cours forcé disparut, comme l'avait posé la loi du 3 août 1875, mais le cours légal fut maintenu et le billet de banque devint une monnaie de papier nationale. Son refus était sanctionné par l'article 475-11° du Code pénal, comme contravention de deuxième classe.

42. Le 2 décembre 1945, la Banque de France fut nationalisée. Les billets émis par elle redevinrent des « billets de l'État », tout comme ceux émis au début du règne de LOUIS XV[32]. Cette histoire mouvementée de la monnaie-papier permit de montrer que la quantité de monnaie en circulation n'était pas du seul ressort de l'Etat. Désormais, la création monétaire ne s'expliqua plus que par les seules décisions étatiques, mais aussi par des mécanismes économiques. Cependant, ni l'histoire, ni l'analyse économique de la monnaie ne put poser la monnaie en tant que notion ou concept à part entière.

2. Le concept de monnaie

43. Pour les économistes, la monnaie sert à la fois de *moyen d'échange, d'unité de compte* et de *réserve de valeur*. En tant que moyen d'échange, la monnaie sert à acheter des biens et des services. A ce titre, la monnaie, telle que nous la connaissons aujourd'hui, permet de passer outre la *double concordance des besoins* indispensables dans un système de troc. Historiquement, de nombreux objets ont été utilisés en tant que monnaie. Ce fut le cas des pièces d'or et d'argent, des plumes, des coquilles et des colliers, de grands rochers (sur l'île de Yap), ou de cowries, jusqu'au début du vingtième siècle en Ouganda.

[32] Yves Bianco-Brun, *la falsification monétaire*, thèse pour le Doctorat, Université de Bordeaux I, le 28 juin 1978

Désormais, la monnaie peut être intangible. En tant qu'unité de compte, la monnaie est la valeur de base servant à mesurer la valeur économique des biens et services. L'expression des valeurs économiques dans la même unité de compte permet ainsi de faciliter les comparaisons. L'usage de la monnaie comme unité de compte est, en outre, étroitement corrélé à son usage comme moyen d'échange. C'est parce que la monnaie sert à acheter et à vendre que l'on peut exprimer le prix de toutes sortes de biens en unités monétaires. La fonction de réserve de valeur fait de la monnaie un moyen de détenir de la richesse. Contrairement aux autres types d'actifs financiers, la plupart des formes de monnaie ne paient pas d'intérêts et le risque subsiste que l'argent liquide soit perdu ou volé. Cependant, l'argent liquide présente l'avantage d'être anonyme et difficile à pister. Ce qui en fait une réserve de valeur particulièrement attractive pour les criminels[33].

44. Une des approches de Rémy Libchaber, que nous adoptons dans une large mesure, consiste à penser que l'emprunt de conceptions économiques a empêché le droit de forger une conception opératoire de la monnaie. Il n'y a aucune raison que la réflexion juridique accorde une quelconque prééminence à l'analyse économique, fût-ce en matière monétaire[34]. Il apparaît en effet que la question de l'existence de la monnaie n'a jamais été posée par l'analyse économique. L'explication peut tenir à ceci que les économistes ont vu l'expérience des manifestations monétaires par les billets de banques, les pièces, les comptes en banque ou par l'ensemble plus global de la masse monétaire. Mais, les économistes n'ont pas cherché à remonter de ces manifestations de la monnaie, une essence de celle-ci, qui serait la condition de toutes les manifestations de la monnaie telle qu'habituellement saisie par les économistes. Autrement dit, le lieu des différentes manifestations répertoriées de la monnaie correspond-il à quelque chose de plus fondamental, qui serait la condition de ces manifestations monétaires ? La réponse économique à cette question peine à être identifiée. En effet, les objectifs de l'analyse économique résident dans la tentative d'une pensée globale du système des échanges sociaux. Dans ce cadre, la monnaie joue un rôle essentiel en tant que mode de circulation des richesses. Connaître la monnaie, au sens économique, revient à dénombrer ses modes de circulation, c'est-à-dire à identifier les différentes fonctions de la monnaie, sans pour autant partir en quête de sa nature. La rupture avec les conceptions économiques peut être exprimée en des termes considérant que la monnaie est un objet ou un concept autonome, qui ne renvoie à autre chose que lui-même pour exister et fonctionner. Il importe donc que la monnaie ne soit pas ramenée à ce qui la caractérise d'habitude, les moyens de paiement en usage dans les sociétés. Ces

[33] Robert H. Frank, Ben S. Bernanke, principes d'économie, 4e édition, Économica, Paris 2009
[34] Rémy Libchaber, *recherches sur la monnaie en droit privé,* L.G.D.J, Paris, 1992

instruments ne sont en effet qu'un mode d'émergence du phénomène monétaire. En outre, le phénomène monétaire, sans faire fi de la notion de richesse, ne doit plus être réduit à cette dernière.

45. Au-dessus des formes monétaires utilisées dans les relations quotidiennes trône le concept de monnaie[35]. L'apparence métaphysique d'une telle structuration n'annihile pourtant pas l'intérêt juridique[36] de la question. En effet, il convient de se demander si derrière la dispersion du régime effectif de la monnaie, il y a une nature juridique unifiée, dont ce régime dispersé serait la manifestation concrète. « *Je trouve difficile d'expliquer ce que c'est, mais tout anglais le sait parfaitement…c'est quelque chose qui a existé sans discontinuer dans ce pays pendant huit cents ans…* »[37]. C'est en ces termes qu'un parlementaire anglais tentait de définir la monnaie lors d'un débat à la chambre des Communes où les spéculations portaient sur la réglementation de l'unité monétaire.

Revenant à une ère plus contemporaine, on peut imaginer que ce qui paraît évident à un universitaire de la prestigieuse académie d'Aix-Marseille, n'est pas tant la définition de l'Euro que l'identification concrète des billets de cinq euros ou autres pièces de deux centimes. De même, le parlementaire anglais a une réaction motivée par le fait qu'il reconnaît sans hésitation la monnaie britannique dans la pièce ou le billet. Ce qui ne signifie pas pour autant qu'il saurait énumérer les qualités qui font d'un objet une livre sterling[38]. Aussi ne s'agit-il pas d'énumérer tout ce qui est considéré comme monnaie en quelques lieux que ce soit, mais plus largement de se demander : « qu'est-ce qu'une monnaie, abstraction faite de considérations de temps et de lieux ? ». Il ne s'agit pas tant d'identifier les moyens de paiement circulant que d'exposer les structures de fonctionnement de toute monnaie, de façon à pouvoir reconnaître la présence de monnaie dans n'importe quel fonctionnement social[39].

46. Les économistes ont posé que la monnaie est un intermédiaire des échanges, une mesure des valeurs et une réserve de liquidités. Ces fonctions de la monnaie ont été adoptées dans de nombreuses analyses juridiques qui saisissent et définissent la monnaie par ces fonctions. En effet, pour les juristes, l'essence de la monnaie est contenue dans les instruments monétaires, identifiant de la sorte la monnaie et la circulation de richesse. La nature de la monnaie se

---

[35] Rémy Libchaber, *recherches sur la monnaie en droit privé,* L.G.D.J, Paris, 1992

[36] Mann, *The legal aspect of money, with special reference to Comparative Private and Public International law,* Clarendon Press, Oxford, 4e éd. 1982, p.5

[37] Cité par A. Nussbaum, *Money in the law, national and international*, Brooklyn, 1950, p.4

[38] Rémy Libchaber, *recherches sur la monnaie en droit privé,* L.G.D.J, Paris, 1992

[39] *Ibid.*

trouverait ainsi dans la réunion de tous les instruments de paiement, et ses fonctions sont énumérées à partir de celles qui ont été répertoriées par les économistes[40]. Ce qui revient à dire que, du point de vue des juristes, la monnaie se définissait par ses fonctions, mettant en exergue le fonctionnement global du système des échanges. Or, de nombreux auteurs ont tenté de définir la monnaie en la rendant indissociable des métaux précieux[41], tandis que pour d'autres, le billet de banque demeure la référence à partir de laquelle une définition de la monnaie devrait s'articuler. Ces seules oscillations du référentiel à partir duquel la monnaie devrait être définie suffisent à supposer que l'approche par les instruments est loin d'être la plus efficace. La définition de la monnaie reste donc nécessaire.

L'objectif de la définition est d'arriver à mettre en évidence la nature de la monnaie ou plutôt sa structure. L'intérêt d'une telle démarche est qu'elle permette d'identifier la structure juridique de tout fonctionnement monétaire, valable pour tous les types de monnaie ou d'instruments monétaires qui ont été en usage, tout en laissant la porte ouverte à ceux qui seront inventés dans l'avenir. Si un telle structure existe, elle ne se réduit ni à la pièce ni au billet encore moins au compte en banque, quand bien même chacun de ces instruments reflète des composantes proprement monétaires.

Il nous paraît, d'emblée, pertinent d'adopter le raisonnement de Rémy Libchaber. Ce qui nous conduit à admettre que les formes monétaires reconnues ont en commun de circuler en société, et de faire passer des unités monétaires de patrimoines en patrimoine[42]. Or, s'agissant du terme monnaie, celui-ci renvoie à un ensemble concret d'objets servant au paiement et s'exprimant tous en multiple d'unités de base. La pièce de monnaie en est un exemple immédiat, tout comme le billet de banque ou d'autres procédés encore plus sophistiqués ou simplement scripturaux. Ainsi, une pièce d'un centime d'euro sert de commun dénominateur à l'ensemble des instruments de paiement. Toutefois, ce centime d'euro est loin d'être fondamental dans l'opération de paiement. Ce que les instruments ont en commun, c'est leur pouvoir libératoire mentionné par référence au mot euro. L'euro est à la fois le nom de l'unité d'évaluation et celui de l'unité de paiement. Le pouvoir d'achat d'un individu se mesure objectivement au nombre d'euros dont il dispose, c'est à ce titre que l'euro devient une unité de paiement[43]. L'euro, n'est donc qu'un nom monétaire, mais

---

[40] *Ibid.*

[41] A. Mater, *Traité juridique de la monnaie et du change,* Dalloz, 1925

[42] Rémy Libchaber, *recherches sur la monnaie en droit privé,* L.G.D.J, Paris, 1992

[43] J. Hamel, « Réflexions sur la théorie juridique de la monnaie », Mélanges Sugiyama, p.83, *in* Rémy Libchaber, *recherches sur la monnaie en droit privé,* L.G.D.J, Paris, 1992

correspond au pouvoir social qu'incorpore une pièce d'un centime d'euro. De ce fait, ce n'est pas avec un nom monétaire que l'on peut payer, mais avec le contenu des moyens de paiement en circulation. A l'inverse, ce n'est pas avec un centime d'euro de paiement que l'on peut estimer la valeur des choses, mais avec des unités de valeurs. Ainsi, le nom monétaire euro sert-il à mesurer des valeurs, et le pouvoir d'achat contenu dans une pièce d'un centime d'euro sert à effectuer des paiements.

Le processus monétaire est fondé sur l'utilisation conjointe de l'unité de valeur et de l'unité de paiement. L'unité de valeur permet de déterminer une dette d'unité de valeur alors que l'unité de paiement éteint cette dette efficacement et permet au débiteur de se libérer. La notion de monnaie est liée à l'une ou l'autre des deux unités ou même au deux à la fois. Mais, l'habitude qui consiste depuis longtemps à conférer à l'Etat le monopole de la création monétaire a contribué à faire omettre que la monnaie pouvait aussi avoir une structure intrinsèque qui contribue à sa propre circulation, au même titre que le monopole de l'Etat la favorise.

II. Origine du monopole étatique dans la circulation monétaire

La circulation des billets et des pièces est l'élément le plus évident du monopole étatique dans la création et la circulation de la monnaie. Cependant, il est indispensable de montrer que ce monopole de l'État est né à l'occasion de la falsification monétaire (1) qui a entraîné une protection pénale de la monnaie (2).

1. La falsification monétaire

47. La monnaie a pour objet de fournir au commerce un intermédiaire grâce auquel les produits peuvent circuler de main en main, le troc s'étant révélé insuffisant et peu commode. Avec l'expression plus forte de la souveraineté étatique, la fabrication de monnaie par les particuliers sera prohibée et l'État monopolisera la fabrication des espèces monétaires.

48. Avec la disparition de l'Empire Carolingien, les grands vassaux s'attribuèrent les droits de la Souveraineté, notamment celui de battre monnaie. Différentes unités apparurent et entraînèrent des rapports de monnayage différents d'une région à une autre. La Livre, bien qu'elle fût une monnaie de compte généralement adoptée, avait une valeur qui variait d'un pays à l'autre en fonction de l'unité de poids que l'on utilisait. Les premiers rois de la période féodale ne purent qu'accepter ce système monétaire complexe. Hugues Capet ne frappa de monnaie que dans quelques villes de son Duché de France. Après son élection au trône, son monnayage se limita à son domaine personnel. Pendant longtemps, la royauté dû s'accommoder du monnayage

seigneurial et l'augmentation des ateliers royaux ne put s'effectuer que par la réunion à la Couronne de nouvelles terres.

49. C'est en Allemagne vers 1550 qu'un orfèvre d'Augsbourg, Marx Schwals, mit au point une machine qu'il baptisa « balancier monétaire ». Par cette invention et toutes celles qui en découlèrent, la fabrication de la monnaie fut transformée. En effet, le procédé de frappe monétaire fut ultérieurement amélioré par Nicolas Briot sous Louis XIII, Jean Pierre Droz sous Louis VI et Gingembre sous Napoléon 1er. Dès 1551, Henri II décida d'installer à Paris un atelier qui utiliserait le nouveau procédé. Le procédé du balancier monétaire conférait aux monnaies une régularité qui constituait une sécurité plus grande face au faux monnayage, en rendant plus difficile le rognage.

50. Au sortir du Moyen-âge, la France s'était déjà dotée d'une véritable organisation monétaire. Aussi fut-il indispensable de mettre en œuvre une administration des monnaies et une répression des atteintes faites à cette dernière. L'administration devait se construire sur les Hôtels des monnaies et la Cour des Monnaies. Les hôtels des monnaies étaient constitués d'une régie chargée de la fabrication de la monnaie et d'une juridiction veillant à la régularité des opérations de monnayage, la Cour des monnaies. Celles-ci, fut, par le biais de la Chambre des monnaies, à l'occasion d'un Édit de Henri II en janvier 1551, érigée en Cour et Juridiction supérieure.

La Cour des monnaies représentait l'instance suprême chargée d'administrer et d'organiser l'ensemble des Hôtels des monnaies du royaume. Son rôle était d'enregistrer les Édits, déclarations et règlements royaux sur le fait monétaire et d'en assurer l'exécution. Elle fut ensuite compétente pour connaître de la fabrication, du poids et du titre de toutes les monnaies frappées dans tous les hôtels des monnaies du royaume. La Cour des monnaies connut, en dehors des procès ou litiges, fussent-ils de nature criminelle, qui étaient relatifs à l'organisation et au fonctionnement des hôtels des Monnaies et aux procès proprement criminels de faux monnayage.

51. A l'origine, la monnaie papier n'avait de valeur que par ce qu'elle remplaçait, c'est-à-dire la pièce de monnaie en or ou en argent. Elle devait donc recevoir la confiance de ceux qui l'utilisaient. Une pièce d'or avait beau été rognée ou fausse de poids, tant qu'elle restait authentique pour la plus grande partie de sa valeur, qu'on savait en or, on continuait d'avoir confiance. La monnaie papier ne présente aucune valeur intrinsèque. La confiance qu'elle réclame est absolue. Au départ, sa valeur portait à la fois sur la puissance émettrice et sur la foi en l'existence d'une masse monétaire métallique suffisante pour garantir la couverture du billet, et sur la bonne volonté de ceux qui la reçoivent ou la transmettent.

52. Au dix-huitième siècle, on utilisait déjà des moyens de transfert de fonds qui fussent à l'abri de dangers qui guettaient les grandes quantités de métal précieux. Certaines pratiques ébauchaient déjà la notion du billet de banque. En France, la montée du pouvoir royal chercha à centraliser le droit d'émission dans les mains du souverain et à limiter corrélativement les pouvoirs monétaires des seigneurs. Des pièces de plus grandes dimensions seront réintroduites en or et en argent. La monnaie s'affermira avec le pouvoir royal à la fin du Moyen-âge. Le roi contrôle l'essentiel monnayage du royaume, c'est alors qu'interviendront d'autres bouleversements techniques sous la renaissance.

53. Au cours de ces étapes, la caractéristique essentielle de la monnaie résidait dans sa méthode de fabrication. Toutes les monnaies, de l'Antiquité à la fin du Moyen-âge, seront frappées au marteau. L'aspect de la monnaie va certes varier, mais le procéder de monnayage restera le même des lydiens à François 1er. L'identité des techniques, qui limite le nombre et les effets des quelques mesures de prévention pourtant envisagée dès l'Antiquité, va permettre aux faussaires d'améliorer leurs méthodes et d'approcher de plus près les techniques officielles. En effet, des falsifications peuvent être relevées dès l'origine du monnayage.

Sous l'Antiquité, les faussaires se juxtaposent à ceux qui usurpent le droit même de battre monnaie, avec des desseins divers. Pour ceux-ci, le faux monnayage consistera à utiliser les méthodes officielles de fabrication pour émettre leur propre monnaie. Mais, à côté des autorités émettrices officielles, il existe différentes autorités qui, elles aussi, ont le droit de battre monnaie. Certains cas étaient prévus par la loi ou les autorités. Ainsi, les généraux romains en campagne avaient le droit de battre monnaie pour payer leurs troupes. Pendant la République ou pendant l'Empire, ils devaient reproduire sur leurs espèces les types des monnaies officielles[44], bien qu'il eût des exceptions à ce principe. L'histoire romaine fournit de nombreux exemples de monnayage où la monnaie ne devient officielle que lorsque celui qui l'a émise prend effectivement le pouvoir, mais qui reste, à défaut d'un tel succès, une falsification par rapport à la légalité du droit de battre monnaie. Les moyens utilisés pour fabriquer de la monnaie de contrefaçon procédaient le plus souvent de ceux mis en œuvre lors de la fonte ou de la frappe.

54. Le faux monnayage par la fonte consistait à se procurer quelques exemplaires de la monnaie à reproduire. Ensuite, des moulages étaient faits et le faussaire versait par les canaux latéraux qu'il avait préalablement aménagés dans les moules, avant cuisson du métal en fusion. Le faussaire obtenait alors des monnaies plus ou moins fidèlement reproduites. Après avoir éliminé les ébarbures encore présentes sur le bord des pièces, le faussaire n'avait plus qu'à revêtir

[44] Évocations mythologiques ou allégories

ses pièces d'une couche de coloration qui leur donnerait l'apparence de leurs modèles authentiques. Mais, du fait du rétrécissement pendant leur refroidissement, les dimensions des pièces obtenues par moulage présentaient l'inconvénient d'être d'une dimension légèrement inférieure à celles des monnaies ayant servi à la confection des moules. Malgré ces inconvénients, le moulage et la fonte furent les techniques régulièrement utilisées de l'Antiquité au Moyen-âge, particulièrement à Rome.

Le procédé de la frappe présentait quant à lui des résultats beaucoup plus satisfaisants. Il s'agissait dans un premier temps de fabriquer des coins. Le faussaire gravait lui-même ses matrices s'il en avait la capacité. A défaut d'être un excellent graveur, le faussaire pouvait encore fabriquer ses coins à partir d'un moulage de monnaie authentique. Pour frapper avec ses coins, le faussaire pouvait utiliser du plomb ou de l'étain. Le cuivre et le bronze nécessitait plus de matériels, mais étaient également utilisés. La méthode de contrefaçon par la frappe produisait de bons résultats, en fonction de la qualité des coins. De nombreux faux grecs furent réalisés par la méthode de la frappe, tout comme le monnayage romain. Aux périodes troubles où le contrôle gouvernemental de la circulation monétaires se relâchait, l'écoulement des faux devenait propice. Pendant les périodes stables, il y avait des contrefaçons qui continuaient de circuler, mais elles devaient être de meilleures qualités pour être écoulées. Concernant les monnaies authentiques, elles n'étaient pas rigoureusement semblables. Elles étaient issues de coins multiples notablement différents entre eux. Dans des musées exposant encore certaines de ces pièces, les différences sont perceptibles. Selon la qualité des contrefaçons, un faux pouvait passer inaperçu. Fondues ou frappées, les contrefaçons ne représentaient pas le seul type de falsification et coexistaient avec d'autres méthodes.

55. Dans les économies modernes, la falsification de la monnaie résulte surtout de la contrefaçon des billets de banque. Celle-ci allie des procédés chimiques et physiques incorporant de nombreuses technologies. La contrefaçon des billets de banque a entraîné l'apparition de contrefacteurs amateurs fabriquant de fausses coupures. Les faussaires professionnels, eux, agissent en bandes organisées constituées de véritables réseaux. Certains États ont, eux aussi, quelques fois agi en tant que faussaires dans le but de déstabiliser la monnaie d'un autre État avec lequel ils sont en conflit. L'une des monnaies les plus contrefaites est le dollar américain. Cette monnaie a subi, au cours de son histoire, des attaques de certains pays « amis », C'est le cas, notamment, des faux dollars imprimés dans le Moyen Orient. Ce qui avait conduit le Trésor américain à modifier et à sécuriser les nouveaux dollars depuis 1996. Les monnaies internationales et l'Euro sont régulièrement attaqués par des bandes organisées et les contrefaçons se rapprochent de plus en plus des billets authentiques. Les banques centrales ont alors mis en

place de nouveaux signes de sécurité sur leurs billets, mais la plupart de ces signes ne résistent pas à l'ingénierie des contrefacteurs.

56. Les principaux signes de sécurité des billets internationaux sont généralement utilisés en combinant plusieurs d'entre eux afin d'augmenter la sécurité des billets authentiques. Ainsi, dans la fabrication des billets authentiques, le papier utilisé, appelé « *papier fiduciaire* », est réalisé avec des fibres de coton garanties sans fibres synthétiques et de ramie ou ortie blanche ou ortie de Chine, qui sont d'ailleurs des cultures interdites en France. Le papier utilisé est « tissé » plutôt que d'être « couché ». A l'observation, ce papier présente un aspect trame semblable à celui d'un tissu. Sous les ultraviolets, ce papier reste neutre et en main il « claque » et « sonne ». Ce papier a une grande résistance à la déchirure, même après pliage. Le papier fiduciaire est conçu pour ne pas être falsifiable, mais les faussaires sont toujours à la recherche de nouveaux moyens pour se rapprocher des billets authentiques malgré les protections. La plupart des billets sont en « filigranes ». Le filigrane est réalisé lors de la fabrication et du séchage du papier. La feuille ou la bande de pâte à papier passe dans des rouleaux destinés à évacuer le maximum d'eau avant le séchage. Certains de ces rouleaux comportent la gravure du filigrane en relief. Après le séchage complet, les « marques d'eau » restent visibles en transparence et construisent le filigrane.

Certains papiers intègrent de manière aléatoire dans leur masse des fibres colorées. Celles-ci sont généralement bleues, rouges, vertes et jaunes. Ces fibres sont visibles sous rayonnement ultraviolet et se présentent souvent sous forme de bâtonnets de 2 à 3 millimètres de longueur ou de points ronds de 2 à 3 millimètres de diamètres. Des fils dits de sécurité participent à l'ensemble des signes de sécurité des billets. Ces fils de sécurité sont soit métalliques soit en matière synthétique et sont intégrés dans la masse du papier. D'une largeur de 1 à 3 millimètres, ces fils contiennent un certain nombre d'informations qui peuvent être des motifs ou des caractères alphanumériques.

Des encres monochromatiques sont utilisées dans la fabrication des billets. Sous l'action des ultraviolets (UV) ces encres deviennent fluorescentes tout en gardant leur teinte d'origine. D'autres encres varichromatiques sont ajoutées à la composition des billets. Sous l'action des UV, ces encres deviennent fluorescentes et changent de couleur. Des encres UV d'un blanc monospectral devenant jaune ou vert fluorescent se distinguent sous forme d'impression blanche incolore légèrement brillante sur les billets. Les mêmes effets sont observables sur les encres UV blanc poly spectral visibles à travers un filtre spécial.

Les billets issus de la falsification proviennent, eux, d'un papier ordinaire réalisé à partir de bois et de chiffons. Ce papier est d'un aspect jaunâtre, ce qui oblige les faussaires à avoir recours à des produits chimiques afin de le blanchir. Ce papier, d'un aspect mou au toucher,

réagit aussi aux ultras violets. Un autre papier utilisé par la contrefaçon depuis 1993, est celui qui est sulfurisé et réalisé à partir de riz et d'autres végétaux. Ce papier ne réagit pas aux ultras violets et « claque » au toucher. Ces deux genres de papier sont des papiers « couchés ». Ils ont un aspect lisse et nuageux. Ils ne présentent pas de filigrane. Ce qui oblige les faussaires à imiter le filigrane à l'aide d'impression en encre blanche. Sur les faux réalisés à l'aide de feuille de papier collées l'une contre l'autre, un faux filigrane est réalisé soit par impression soit par agglomération de poudre et de colle imitant un filigrane authentique. Les fibres colorées sont soit absentes soit imprimées à l'aide d'encre UV, ce qui limite le nombre de couleurs et fait que celles-ci sont toujours à la même place. Le fil de sécurité en impression est reproduit à l'aide d'une encre reproduisant la même couleur. Les faux réalisés avec du papier contre collé ont, eux, des faux fils de sécurité insérés entre les feuilles. Ce fil est continu et ne comporte pas les motifs ou les inscriptions d'un vrai fil de sécurité.

Les encres UV sont souvent utilisées par les imprimeurs fabriquant les chèques. Les faussaires peuvent difficilement se les procurer et les trafiquants amateurs sont incapables de reproduire ce genre d'encres. Les contrefaçons reproduisant cette protection sont rares. Toutefois, du fait que ces encres soient courantes en imprimerie, les faussaires, professionnels et amateurs, arrivent tout de même à les imiter soit à partir d'encre blanche type tiflex, en vente libre sur le marché de la papeterie, ou simplement en se procurant les encres UV. Mais, les contrefaçons à partir de ces encres nécessitent un véritable laboratoire. Le coût d'une telle falsification est tel qu'il n'existe presque pas de contrefaçon reproduisant ce type de protection. Les encres varichromatiques et poly spectrales peuvent être vérifiées avec une lampe UV et un détecteur d'ondes. Ces encres semblent ne pas être utilisées par les contrefacteurs grâce à leurs coûts importants. Toutefois, un risque subsiste dans le fait d'une utilisation banale de ces encres dans l'édition des chèques d'un grand nombre de banques. Ce qui peut favoriser l'accès à ces encres.

Certains billets ont des zones imprimées à l'aide d'encres infrarouges opaques ou transparentes. Ces encres n'ont aucune différence avec une encre normale lorsqu'on les observe directement. Les encres magnétisables contiennent, elles, des particules métalliques. De nombreux billets sont imprimés à l'aide de ces encres. Mais, ces dernières sont aussi utilisées dans l'imprimerie, ce qui en facilite l'accès. Les faussaires ont des rubans CMC7 et les photocopieurs ont les mêmes caractéristiques que les encres magnétisables. Les détecteurs de faux billets signalent la présence ou l'absence de cette encre.

L'encre OVI[45] change de couleur selon l'inclinaison du billet[46]. Leurs coûts importants et la difficulté à se les procurer n'empêchent pas les faussaires de les imiter à l'aide d'encres maillées

[45] OVI : Optical Variable Ink

disponibles dans le commerce. Les produits cosmétiques peuvent également imiter ces encres. Celles-ci sont difficiles à contrôler car selon la nature de l'éclairage, il n'est pas simple d'arriver à constater le changement de couleur. Sur un vrai billet, l'impression apparaît verte lorsqu'ils sont posés de façon perpendiculaire sur une table, et bleu lorsqu'ils sont regardés parallèlement à la table, à la hauteur des yeux.

Les bandes métallisées strap[47] sont intégrées au papier par un transfert à chaud avant l'impression. Cette bande sert à neutraliser les appareils de reproduction. Les faussaires ont alors incorporé des bandes strap réalisées à l'aide de divers papiers métallisés tels que l'aluminium culinaire. Une autre technique d'impression vise à donner du relief aux motifs grâce à une surépaisseur d'encre. Celle-ci est perceptible au toucher et permet une identification des billets par les malvoyants et les non-voyants. Les faussaires omettent souvent de reproduire ces reliefs en taille douce comme c'est le cas sur des vrais billets.

Quelques pays utilisent des hologrammes comme moyen de protection des billets. Les hologrammes peuvent être métallisés ou semi transparents de sorte que l'impression qu'ils recouvrent lors de la pose puissent transparaître et même donner un relief palpable. Les contrefaçons sur cette technique sont rares. Mais, l'utilisation de produits cosmétiques permet de reproduire les hologrammes visant à authentifier les parfums de marque. La pose de ces hologrammes est rendue possible par la présence sur le marché de machines aidant à les poser.

Les couleurs d'impressions des billets sont choisies en dehors des couleurs ordinaires. Les faussaires arrivent à approcher les nuances des billets de banque. Les nouvelles techniques d'impression rendent facile la reproduction des couleurs hors pantone. Cependant, les fabricants des copieurs couleurs incorporent des sécurités sur les appareils. Certains copieurs gardent en mémoire des fac-similés de billets et refusent de fonctionner lors de l'impression d'un vrai billet. Certains modèles sont mêmes équipés d'identificateurs permettant de remonter jusqu'au copieur ayant réalisé une contrefaçon.

Les billets ont généralement des images latentes et un fond de sécurité, afin d'empêcher de les scanner. C'est d'ailleurs ce procédé qui est utilisé dans la protection de certains chèques. Des micros caractères alphanumériques sont imprimés sur les billets. Ces micros textes sont difficilement reproductibles, mais des faussaires bien équipés peuvent y parvenir. Les billets contiennent également des symboles et des effets de transition qui sont des dessins réalisés au recto et au verso des billets. La transparence des billets rend intégralement ces dessins et ceux-ci ne doivent présenter aucun décalage, ni dans les contours ni dans les couleurs. Des margeurs

---

[46] Bleu/vert, vert/noir

[47] Système de transfert réfléchissant anti-photocopieur

peuvent permettre au faussaire de reproduire cette contrefaçon, en faisant coïncider les motifs recto et verso. La reproductibilité de toutes les protections sur les billets amène à considérer que seul le papier lui-même est encore une protection, sauf en cas de vol dudit papier[48].

2. La protection pénale de la monnaie

57. Les civilisations qui ont émis de la monnaie ont aussi prévu des sanctions juridiques contre les faux monnayeurs. Le faux monnayage ne peut exister et être sanctionné comme tel que dans une société où domine une autorité dirigeante[49]. L'autorité centrale émet la monnaie et celle-ci peut alors être utilisable. En ce sens, le faux monnayage est un délit public par essence dont l'autorité se serait approprié la sanction. Pourtant, le faux monnayage touche en premier lieu les particuliers qui sont, eux, les utilisateurs de la monnaie qu'ils ont crue bonne alors qu'elle était fausse. Lorsqu'il fait beaucoup de victimes parmi les particuliers, le faux monnayage affecte matériellement l'autorité publique puisqu'il ruine son crédit auprès des citoyens, voire des autres États. Le fait de falsification attaque donc fondamentalement l'autorité puisque celle-ci ne peut exister que parce que la monnaie existe, et que l'émission de la monnaie est une prérogative de la puissance gouvernante.

Avant toute autre considération, c'est donc le mépris du caractère exclusif du droit de battre monnaie qui va justifier et autoriser la répression du faux monnayage. Le but de la monnaie était de permettre une accélération et une simplification des échanges par la standardisation des unités de poids permettant les paiements. Leur garantie par l'autorité imposait que soient réprimés les agissements qui risquaient de détruire son efficacité et de ruiner le caractère souverain de l'intervention de l'autorité dans ce domaine. C'est pourquoi, dès le sixième siècle avant Jésus-Christ, on relève dans les lois de Solon des sanctions contre les faux monnayeurs. Ces sanctions se fondent sur le caractère public de la monnaie, car c'est ce caractère qui confère aux transactions leur sécurité.

58. Dans le droit romain, la *lex Cornelia Testamentaria Numeria* constituera un chapitre de la *Lex Cornelia De Falsis,* rédigée sous Sylla en 81 avant Jésus-Christ. Cette loi traite dans sa première partie de la falsification du testament et dans sa deuxième partie du faux monnayage. Elle considère le faux monnayage comme une variété du crime du faux en général. Dans l'ancien droit médiéval, la dynastie carolingienne entreprit une réforme du système officiel de la fabrication monétaire. Par un Capitulaire de 805, Charlemagne décida que dorénavant la fabrication de la monnaie officielle serait centralisée dans son palais. Compte tenu des difficultés

[48] http://www.seebmps.com/

[49] Yves Bianco-Brun, *la falsification monétaire,* thèse pour le Doctorat, Université de Bordeaux I, le 28 juin 1978

logistiques et de sécurité qui se posèrent à la réforme précédente, Charles II le Chauve décida à son tour de réorganiser la fabrication monétaire.

L'Édit de Pistes, du 25 juin 864, dans son premier objet, use de la possibilité prévue par le Capitulaire de Charlemagne, rouvre et crée plusieurs ateliers : Rouen, Reims, Sens, Paris, Orléans, Châlons, Nesle et Narbonne. On ne trouva plus d'atelier unique pour toute la France avant la fin du dix-huitième siècle. Mais, les souverains carolingiens avaient aussi pris soin de réprimer le faux monnayage. En 819, Louis 1er le Débonnaire aurait repris les dispositions d'une ordonnance antérieure prise par Childéric III en 744. Celui qui était coupable de falsification de la monnaie officielle devait avoir le poing coupé, et ses complices, s'ils étaient des hommes libres, devaient payer une amende de soixante sous d'or, et s'ils étaient esclaves, devaient recevoir soixante coups de fouet.

Du point de vue de la répression de la falsification monétaire, sous l'ancien Droit, l'article 8 des Lettres Patentes du 2 mai 1716 sanctionnait la falsification des billets de banque dont l'émission était autorisée par l'article 7, de la peine de mort. La justification d'une telle peine tenait à ce que les émissions étaient décidées par le Roi. De ce fait, toute falsification était un crime de la même nature que la lèse-majesté, tout comme la falsification des espèces métalliques. Bien qu'en 1789 l'idée de la monnaie-papier soit de plus en plus mise en avant, les risques de sa falsification sont sous-estimés. L'Ancien Droit étendait simplement la répression du faux monnayage aux cas éventuels de fausse monnaie papier.

59. Entre 1789 et 1790, la notion de lèse-majesté ainsi que les fondements idéologiques de sa répression commençaient à disparaître. Mais, le 4 novembre 1790, afin d'enrayer la contrefaçon, le député Périsse proposa à l'Assemblée nationale de déclarer que tous « *les auteurs, fauteurs, complices et distributeurs de faux assignats* fussent *punis comme faux monnayeurs* ». L'Assemblée nationale vota alors le texte suivant : « *Les fabricateurs de faux assignats et leurs complices seront punis de mort* ». Le Code pénal de 1791 posa : « *Quiconque sera convaincu d'avoir contrefait des papiers nationaux ayant cours de monnaie, d'avoir contribué sciemment à la contrefaçon, à l'exposition desdits papiers et à leur introduction dans le Royaume sera puni de la peine de mort* ». Les dispositions du Code pénal de 1791 seront plusieurs fois modifiées par la suite.

60. Sous la Révolution, de nombreuses personnes étaient condamnées pour faux monnayage. La fabrication de fausse monnaie était très florissante et pratiquée dans toutes les couches de la société. « *Les uns étaient mus par l'intérêt personnel, les uns, opposants au régime nouveau, voyaient dans la contrefaçon de la monnaie un moyen de lutter contre l'ordre social établi sur les ruines de la monarchie. Étant entendu que cette catégorie de faux monnayeurs pouvaient trouver*

appui auprès de pays étrangers. En réaction, le gouvernement révolutionnaire réagit mais trop tard. La monnaie est atteinte, la confiance est touchée ». Le 12 thermidor an III, Blad, représentant en mission dans l'Ouest, écrira au Comité de salut que seul le discrédit du bon papier-monnaie a sauvé de la distribution du faux. C'est-à-dire qu'au facteur physique de la masse des billets en circulation s'était ajouté le facteur psychologique des faux billets. Au début de l'an IV, on accusera ces faux billets de contribuer à l'augmentation du prix des denrées[50].

A Rome, la répression des actes de faux monnayage fut organisée par la *Lex Cornelia testamentaria nummaria* et, sous l'Empire, révisée par des Constitutions de l'Empereur Constantin. La *lex Cornelia* comportait deux parties. L'une relative à la falsification des testaments et l'autre aux atteintes subies par les espèces monétaires. Le faux monnayage était alors considéré comme une variété du crime de faux. Cette conception sera reprise par le Code Pénal de 1810. La fabrication de fausses monnaies, quel que fût le procédé, ou l'altération des monnaies légales étaient ainsi punies, au même titre que la mise en circulation des pièces contrefaites ou altérées. La non révélation des faits de faux monnayages qui auraient été connus constituait un mode de complicité puni des mêmes peines que le crime de faux monnayage lui-même. L'élément intellectuel de l'infraction était constitué par le *dolus malus* c'est-à-dire la volonté de réaliser un bénéfice illicite ou d'empiéter sur les fonctions publiques.

Les constitutions de Constantin rangeaient le faux monnayage parmi les crimes de lèse-majesté. D'après la Constitution II, la valeur de la monnaie provenait de l'effigie du prince dont elle était revêtue. Cette conception se substituait à la notion de garantie de la valeur de la monnaie par l'État. Sous la constitution de Constantin, les peines précédentes ont été remplacées par une peine unique : la mort par le feu. En outre, la délation était encouragée par le versement d'une prime au délateur. Quant au régime de la complicité, il était modifié de façon extensive. Si le crime avait été commis sur une propriété privée dont le propriétaire s'était abstenu de dénoncer, la confiscation générale était encourue même en cas d'ignorance du maître. Si en l'absence de ce dernier les esclaves ou les fermiers avaient gardé le silence, ils étaient punis de mort.

61. Sous l'ancien droit, la répression du faux monnayage était encore assimilée à celle du crime de lèse-majesté, la mort en demeurait la peine. Sous l'époque féodale, le roi n'avait pas le monopole de la fabrication de la monnaie. Chaque seigneur frappait les espèces en usage dans son domaine et « *seules les pièces établies à ses armes y avaient pouvoir d'achat* ». Pour tout autre qu'un seigneur, la fabrication de monnaie était punie de mort. Lorsque l'autorité du roi fut rétablie et imposée aux seigneurs, le souverain exigea que ses monnaies fussent reçues partout au même titre que celles émanant des seigneurs. Plus tard, le souverain déclara que le monopole de

[50] Jean Bouchary, *les faux-monnayeurs sous la révolution française,* Librairie Marcel Rivière et Cie, Paris, 1946

fabrication de la monnaie lui revint. Ce monopole devait constituer un privilège incommunicable et l'émission de la monnaie lui fut définitivement acquise.

62. Sous les monarchies de Louis XIV et de Louis XV, la répression du faux monnayage restait semblable à celle du Droit Romain. La fabrication de fausse monnaie était interdite et celui qui s'en rendait coupable devait être roué vif. La protection de la monnaie s'étendit même aux espèces étrangères, bien qu'il ne fût plus aisé d'invoquer la lèse-majesté. *« Tout ce qui trouble la paix publique ne peut être impuni… »*, C'est en ces termes de la Déclaration royale du 15 octobre 1715, qui fut acceptée par les Cours des Monnaies, que naquit la solidarité internationale en matière monétaire. Sous ce régime royal, la complicité consistait dans tout fait d'aide ou d'assistance, dans tout concours apporté au faussaire. Ainsi, d'après l'Édit de 1726, les forgerons ou artisans qui fabriqueraient des instruments propres à la confection de monnaies, les voituriers qui transporteraient des espèces falsifiées ou les receveurs des caisses royales devaient être punis de mort, la confiscation générale étant systématiquement prononcée. Ceux qui s'abstenaient de dénoncer les entreprises de faux monnayages étaient considérés comme complices et passibles de peine de mort. Quant à l'altération, elle était semblablement réprimée, conformément à l'ordonnance de Lyon[51] dans son article 4. Pareillement, tous ceux qui avaient participé à l'opération ou étaient trouvés porteurs de rognures de monnaies étaient punis de mort. L'Édit de 1726 vint même défendre, sous peines de galères, de souder ou déformer les monnaies ou de les colorer. Les peines relatives à la mise en circulation des monnaies falsifiées variaient suivant la personnalité du coupable et de son *animus.* Par ailleurs, il était quelques fois fait la distinction entre celui qui réclamait des pièces fausses pour les émettre de celui qui les mettait en circulation sachant leur état d'altération, et de l'*accipiens* de bonne foi qui, s'étant aperçu de leur fausseté, remet les espèces en circulation. D'après Fabre, seuls les deux premiers étaient coupables de faux monnayage.

63. Sous le régime du Code Pénal de 1791 et des lois postérieures, la notion de lèse-majesté, comme base de répression fut abandonnée. Les infractions de faux monnayage firent désormais partie des crimes contre la propriété publique. Ainsi, la contrefaçon, l'altération, l'émission et l'introduction de monnaies ayant cours légal en France furent punies de 15 années de fers, peu important que les faits se fussent déroulés en France ou à l'étranger. Plus tard, le Code du 3 brumaire an IV, Code des délits et des peines, déclara les tribunaux français compétents pour juger les falsifications de monnaies nationales, commises par des Français ou des étrangers, même hors de ses frontières.

[51] Rendue en juillet 1536 par François Ier

Sous le régime du Code Pénal de 1810, les faits de faux monnayage étaient punis de la peine de mort. De plus, il était mis en place une obligation de dénonciation dans les 24 heures, sauf exception en faveur des parents. Mais, la Charte promulguée les 4 et 10 juin 1814 vint supprimer la confiscation générale. La loi du 28 avril 1832 vint poser que les travaux forcés constitueraient désormais la peine infligée aux faux monnayeurs. L'obligation de dénonciation fut supprimée. Le changement notable fut cependant apporté par la loi du 13 mai 1863 qui créa une nouvelle infraction.

64. Durant le vingtième siècle, le Code pénal a puni, au titre du faux monnayage, la contrefaçon, l'altération, l'émission, l'introduction, l'exposition et la coloration de monnaie. La contrefaçon consistait dans l'imitation et la reproduction des espèces légales faites par ceux à qui la loi n'avait pas confié cette mission. L'altération de monnaies consistait dans le fait d'apporter des modifications à une pièce, en ce qui concerne son poids ou sa composition. Quant à l'émission, elle consistait en la mise en circulation de pièces contrefaites ou altérées. L'introduction résidait dans le fait de faire pénétrer sur le territoire français des monnaies falsifiées. Enfin, l'exposition et la coloration consistaient respectivement à mettre sous les yeux du public des espèces falsifiées, effectuée par un changeur, pour la première infraction. Et la dernière infraction consistant dans le fait de donner à une pièce l'apparence d'une autre, composée d'une substance plus précieuse.

65. Dans le Code Pénal de 1810, le faux monnayage est classé parmi les crimes et délits contre la paix publique, au chapitre du faux. Le fondement de la répression était, selon la tradition de l'Ancien Droit, la considération du droit de battre monnaie comme un attribut indispensable à la souveraineté de l'État. Cette considération était d'autant plus justifiée que le souci économique d'alors résidait dans le fait que les billets en circulation continuassent d'être garantis par une couverture en métaux précieux d'un ordre plus ou moins élevé. De même, il paraissait impérieux pour le maintien du crédit public, que seul le gouvernement émît des billets dans le courant monétaire, au fur et à mesure que le besoin s'en ferait sentir. *« L'introduction, par des faussaires, d'espèces contrefaites provoquerait des réactions susceptibles de ruiner la confiance publique et d'entrainer les conséquences plus graves. Il semble donc qu'il ne faille pas entièrement assimiler le monopole de la monnaie à ceux établis pour des raisons uniquement budgétaires ; alors que les infractions à ces derniers se traduisent par un manque à gagner au préjudice de l'État, la falsification de monnaies peut, en outre, entraîner l'écroulement du système monétaire*[52] *».*

[52] Pierre Batbie, *de la répression du faux monnayage*, thèse pour le doctorat, université de Toulouse, 1936

66. La fabrication de la monnaie n'est susceptible d'être réalisée que par l'État. Aussi, les atteintes au droit de battre monnaie de l'État interrogent-elles sur la nature des infractions sur lesquelles se construit le régime juridique de l'incrimination de faux monnayage. Pierre Batbie soutenait alors qu'en droit français, la nature des infractions de fausse monnaie participaient à la fois du vol et de l'escroquerie réalisé à l'aide d'un faux. C'était un vol lorsque les espèces falsifiées étaient fabriquées aux titres et poids légaux car *« on soustrayait à l'État le bénéfice provenant du monnayage »*. Lorsqu'un particulier s'en allait frapper des pièces de monnaie, non seulement il s'enrichissait illicitement en s'appropriant la différence de valeur entre le métal utilisé et les espèces émises. Mais encore, le coupable augmentait ainsi le stock de métal monnayé, ce qui était un objectif diamétralement opposé à celui visé par le législateur. Partant, cette infraction n'est pas seulement un vol avec circonstance aggravante, *« c'est un crime d'une nature particulière, très dangereuses par les perturbations qu'elle entraîne dans la circulation monétaire »*.

En outre, l'infraction participe de l'escroquerie commise à l'aide d'un faux lorsqu'il s'agit d'une monnaie altérée. Il en résulte une escroquerie envers les particuliers recevant la monnaie, en même temps qu'il y a un vol envers l'État. Les effets du faux monnayage peuvent s'étendre à un grand nombre de personnes inconnues à l'escroc et à l'insu de celui qui a été trompé le premier, le mal pouvant ainsi se répéter et se propager. Le public pris en masse est atteint, plus encore qu'un individu isolé. Le fait ébranle donc la *fides publica,* la confiance générale dans la sincérité de la monnaie, élément indispensable pour qu'elle puisse remplir sa fonction d'instrument d'échange.

L'analyse de Pierre Batbie reste valable dans la mesure où la monnaie, même falsifiée, est considérée comme un bien. Toutefois, l'état actuel du droit français s'accommode mal d'une telle qualification de la falsification monétaire. D'abord, le vol ne peut être retenu que s'il est établi qu'il y a eu une soustraction matérielle ou juridique. La première forme de vol signifie qu'il y a eu un déplacement de la chose contre le gré ou à l'insu du propriétaire ou du possesseur de la chose. La soustraction juridique implique que le propriétaire de la chose a volontairement remis la chose ou l'a laissée saisir en n'entendant conférer qu'une détention matérielle et non en transférer la pleine possession. Or, une personne qui transfère volontairement un élément de son patrimoine en contrepartie de monnaie fiduciaire, fut-elle falsifiée, ne peut être victime de vol, puisque la remise de la chose est volontaire et faite de plein gré.

Ensuite, la monnaie falsifiée, peut être remise en rémunération d'un service. S'il n'y a pas de remise de meuble ou de transfert d'un patrimoine à un autre, le vol paraît difficilement une qualification pertinente dans un tel cas, tout au plus songerait-on à celle de l'escroquerie. Celle-ci

est définie comme « *le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge* ». A ce titre, on pourrait admettre que l'escroquerie puisse être retenue s'il y a bien eu une remise ou un consentement opérant une obligation ou une décharge.

Encore faut-il pouvoir démontrer que le processus de fabrication de fausse monnaie participait d'une manœuvre frauduleuse destinée à tromper la victime désignée de l'escroquerie. Un tel raisonnement dépasserait le stade de l'absurde, car il paraît peu probable que les moyens nécessaires à la fabrication de fausse monnaie soient mobilisées en vue de tromper une seule personne précisément déterminée !

Les qualifications de vol et d'escroquerie ne peuvent efficacement seoir au fait de faux-monnayage. Ce qui revient à dire que la fabrication de fausse monnaie ne devient une infraction qu'en ce qu'elle porte atteinte à l'autorité de l'État. Celui-ci, par le biais de certaines institutions habilitées, détient le monopole de fabrication et d'émission de la monnaie. L'émission par une autre personne, ne serait pas investie des mêmes garanties, et partant de la confiance placée dans la monnaie émise par l'État. C'est donc toute la confiance dans le système monétaire qui peut être mise en péril. Finalement, la fausse monnaie est incriminée pour ce qu'elle peut porter atteinte au monopole d'émission de la monnaie par l'État, et partant à sa souveraineté, mais aussi à la confiance du public dans la monnaie ainsi émise.

L'assimilation de la monnaie à une marchandise paraît donc l'une des raisons pour lesquelles Pierre Batbie a pu croire que le vol et l'escroquerie étaient des qualifications devant justifier l'infraction de fabrication de fausse monnaie, omettant que la monnaie n'est fausse que parce qu'elle n'émane pas de l'État ou des institutions autorisées.

67. L'article 8 des Lettres patentes du 2 juin 1716 et l'article 1er de l'Ordonnance du 4 mai 1720 punissaient de mort toute contrefaçon des ordonnances tirées sur le Trésor royal, des états ou extraits de distribution émanant du Trésor et des billets de banque. Durant le Droit intermédiaire, le Code Pénal des 25 septembre et 6 octobre 1791 punissait les contrefacteurs de papiers nationaux ayant cours de monnaie. L'article 36 de la loi du 24 germinal de l'an IX assimilait au faux monnayage la fabrication de billets de banque. La loi du 28 avril 1832 substitua, à la peine de mort encourue par les délinquants, les travaux forcés à perpétuité, la confiscation générale ayant disparu lors de la Charte de 1814.

Bien que les billets de banque fussent encore garantis par les métaux précieux, les peines infligées aux contrefacteurs de ces billets étaient déjà significatives du monopole qu'entendait s'arroger l'État puisque les institutions autorisées à émettre des billets dépendaient directement de la souveraineté étatique. A l'origine, le billet de banque ne constituait pas un papier-monnaie. Il n'était pas émis par l'État, mais seulement par la Banque de France et par les banques d'Algérie et d'Indochine pour les colonies, et seuls leurs billets étaient protégés. La falsification des billets émanant d'autres banques était considérée comme un simple faux en écriture de commerce et non comme une contrefaçon de billets.

Le défaut d'homogénéité de la loi française concernant les espèces de métal et celles dites de papier tenait dans la différence de conception de ces deux types de monnaie. Dans la conception du législateur des années 1930, la fausse monnaie semblait être un attentat à la souveraineté de l'État. Or, le droit d'imprimer des billets à vue, remboursables au porteur, n'était pas considéré, en France, comme un attribut de la puissance publique. Aussi, la falsification de billets n'était-elle que constitutive d'un faux en écriture de commerce. Mais, en raison des dangers qu'elle représentait, sa peine avait paru insuffisante. Aussi, l'article 139 du Code Pénal d'alors vint-il réprimer la contrefaçon, la fabrication, l'usage ou l'introduction de billets falsifiés. La contrefaçon consistait dans l'imitation des billets émis par les banques autorisées, l'altération n'étant pas réprimée. Quant à l'usage de billets falsifiés, il n'était considéré comme un crime distinct que lorsque l'auteur était un autre que le contrefacteur. Il y avait usage dès lors qu'une offre de billets falsifiés avait été formulée, eut-elle été refusée. Enfin, l'introduction restait incriminée par les mêmes faits qu'en matière de faux monnayage. La fabrication, l'introduction et l'usage de billets falsifiés étaient alors punis de travaux forcés à perpétuité, avec une amende. Aux termes de l'article 5 du Code d'Instruction criminelle d'alors, les faits étaient également punissables même s'ils avaient été commis à l'étranger, par un français ou un étranger, si l'auteur du crime était arrêté en France ou extradé.

Selon la formule du professeur Vespasien Pella, *« les formes dangereuses revêtues par le faux monnayage correspondent en tous points à l'évolution générale de la criminalité »*. Contrairement à la criminalité atavique, la criminalité évolutive est plus raffinée et se construit, sans violence, sur des ruses et des duperies. Ce développement est menaçant pour la bonne économie des collectivités humaines[53]. Partant, le faux monnayage peut être utilisé pour des fins politiques, notamment comme un moyen de terrorisme, plus dangereux pour l'État attaqué, que la violence[54]. Dans ce cas, l'agent n'est pas animé par l'idée de lucre, mais par le désir de satisfaire

[53] Pierre Batbie, *de la répression du faux monnayage*, thèse pour le doctorat, université de Toulouse, 1936
[54] *Ibid.*

l'intérêt collectif d'une organisation. D'autre part, le faux monnayage n'était pas perçu comme une simple atteinte au crédit de l'État, il lésait également les intérêts des particuliers trompés et provoquait un trouble économique. Enfin, pour les plus radicaux, le faux monnayage était une infraction anti sociale quel qu'en fut le mobile. En conséquence de toutes les positions condamnant le faux monnayage et de toutes les affaires ayant eu un retentissement international, notamment en Europe, le faux monnayage donna lieu à un traitement plus international de la criminalité relative à la monnaie.

Ainsi, considérant que la criminalité interétatique se produit chaque fois qu'un État tolère ou encourage sur son territoire, les atteintes portées aux monnaies étrangères, l'État au sein duquel a eu lieu le faux monnayage se rend coupable d'une infraction internationale et engage ainsi sa responsabilité. Cette infraction fut d'ailleurs reconnue par l'Union interparlementaire lors de la conférence de Washington de 1925. Dans un rapport transmis au Conseil de la Société des Nations, le Comité mixte pour la répression du faux monnayage reconnut de façon unanime l'intérêt présenté par une répression plus efficace du faux monnayage. Un an plus tard, il se tint le 9 avril 1929, la Conférence diplomatique de Genève[55], qui venait poser les bases d'une réglementation internationale du faux monnayage.

68. La fabrication de fausse monnaie fut ainsi érigée au rang des infractions internationales. La communauté internationale commençait alors à s'organiser pour combattre la fabrication de fausse monnaie, ce alors même qu'il n'existait pas une monnaie unique pour l'ensemble de ladite communauté. Bien au contraire, l'existence des diverses monnaies nationales durant le vingtième siècle, est manifeste de l'idée que la monnaie n'était plus une marchandise dont la valeur était arrimée à celui du métal, mais bien une idée transcendant les considérations esthétiques ou quantitatives des métaux précieux (l'or ou l'argent), dans les différentes nations. Au vingtième siècle, la monnaie est déjà un concept dont la communauté scientifique, bien que la cherchant dans les mauvais objets, devinait déjà intuitivement les contours sans en connaître la structue.

69. L'actuel Code pénal français incrimine la falsification des pièces de monnaie ou des billets ayant un cours légal en France ou émis par les institutions étrangères ou internationales habilitées à cette fin. Dans l'incrimination du faux-monnayage par l'actuel Code pénal, on peut distinguer trois régimes. D'abord, il y a celui consistant en la falsification des signes monétaires émis par les institutions habilitées et dont la circulation est en cours. Ensuite, il faut identifier le régime des atteintes à la monnaie consistant en la mise en circulation de signes monétaires destinés à se substituer à ceux ayant déjà cours légal et qui sont en circulation. Enfin, on peut

[55] Convention de Genève ou convention internationale du 20 avril 1929

isoler les atteintes à la monnaie consistant en la falsification de signes monétaires ayant eu cours légal mais n'étant plus autorisés.

Dans le premier régime, il s'agit clairement de protéger le monopole d'émission de l'État et des institutions habilitées, ainsi que le cours légal de la monnaie. La protection de la monnaie ne se justifie qu'en raison du seul monopole étatique d'émission de la monnaie. Il faut y voir une confusion de la confiance dans la monnaie à la souveraineté de l'émission exercée par l'État. La confiance du public dans la monnaie repose non plus sur les valeurs intrinsèques de la monnaie fiduciaire, mais sur l'exclusivité de son émission par les institutions souveraines de l'État. La protection de la monnaie, sous ce régime, se fonde ainsi sur la protection du monopole d'émission. Le second régime de protection de la monnaie consiste en une prohibition de substitution des signes monétaires. Il s'agit dans ce cas de renforcer la circulation des seuls signes monétaires émis par les institutions relevant du monopole étatique. Autrement dit, aucun autre signe monétaire n'est autorisé à concurrencer ceux émis par les seules institutions habilitées. Il n'y a qu'une seule monnaie fiduciaire, celle émise par l'État. La confiance en sort non pas renforcée, mais imposée par la légitimité du cours légal, dont seuls sont dépositaires les signes monétaires émis par les institutions habilitées.

Enfin, le troisième régime consiste en une protection *ex post* des signes monétaires qui n'ont plus cours légal. Dans cette optique, on peut, dans une première inclination, soupçonner que l'État ait voulu prévenir tous les trafics pouvant porter sur la collection des signes monétaires anciennement émis. Mais, dans une perspective moins encline à une telle passion, on peut objecter qu'en réalité, l'État a voulu définitivement interdire toute atteinte au monopole d'émission qui est le sien. Il pose ainsi une forme de protection intemporelle au monopole d'émission de la monnaie. Aucun prétexte ne peut excuser une dérogation à ce monopole, ni pendant, ni après. Seul l'État a le droit d'émission des signes monétaires. Dans le régime moderne le monopole garantit la confiance et porte sur les mêmes objets fiduciaires : les billets et les pièces. Or, ces manifestations monétaires ne sont pas souvent prises en compte dans les réflexions portant sur l'analyse de la monnaie sous sa forme scripturale. Celle-ci se saisit par des supports tels que le chèque ou par le billet des obligations monétaires. A quoi correspond alors la circulation de ces dernières ?

Chapitre 2. Circulation des obligations monétaires

L'étude de la circulation des obligations privilégie les obligations de sommes d'argent (section 1). Les obligations de sommes d'argent représentent une part importante des transactions commerciales. Celles-ci sont manifestes de la circulation économique des obligations (section 2) qui revêtent une nature patrimoniale.

Section 1. Prépondérance des obligations de sommes d'argent

70. Les obligations, quelle que soit leur nature, s'éteignent et réalisent les échanges économiques dès lors qu'il y a une contrepartie monétaire, notamment dans les contrats translatifs. La contrepartie monétaire participant à la réalisation des échanges peut être constitutive des obligations de somme d'argent (I). La valeur monétaire de l'objet de l'obligation doit être déterminée préalablement à toute exécution de l'obligation, réalisant ainsi le transfert. C'est à l'aune des obligations de sommes d'argent que la circulation des obligations peut être analysée. Il s'agit de voir, au sein de cette catégorie d'obligations, comment se met en place le mécanisme de transfert (II). Ces mécanismes sont à envisager tant au niveau de la création des obligations qu'au moment de leur transfert.

I. L'obligation de somme d'argent

Les obligations monétaires désignent les obligations de sommes d'argent, qui participent à la circulation monétaire. Ces obligations de sommes d'argent fonctionnent grâce à la détermination de la valeur dans l'obligation (1). Cette détermination de la valeur est un des préalables permettant d'envisager les modalités d'exécution de l'obligation monétaire (2).

1. Détermination de la valeur dans l'obligation

71. Il ne s'agit point de faire correspondre à chaque type d'obligation une valeur en somme d'argent. La complexité de l'exercice ayant déjà été éprouvée par de nombreux auteurs, il paraît judicieux de retenir l'exposé de Rémy Libchaber. Au terme de celui-ci, des obligations de nature diverse ont parfois des comportements semblables, et au sein d'une même catégorie les comportements peuvent varier. D'où il devient intéressant de les regrouper en fonction du mode d'intervention de la valeur à l'intérieur de l'obligation. Dans un premier temps, on peut identifier une catégorie d'obligations dont l'objet est subordonné à l'existence d'une valeur. Dans cette catégorie, on peut mentionner certaines obligations en valeur[56], mais aussi celles libellées en

[56] Par exemple : la dette de réparation, l'obligation alimentaire, l'indemnité d'accession ou de rachat de la lésion

unité de paiement[57], lorsque le transfert à l'origine de la somme a été déterminé par la prise en compte d'une valeur.

Dans un second temps, on peut dénombrer les hypothèses suivant lesquelles l'objet de l'obligation échappe à toute valeur. Il s'agit des obligations libellées en unités de paiement et qui ne sont rattachables à aucune autre valeur. Dès lors, soit une somme d'argent est donnée sans qu'un emploi ait été prévu, soit le lien entre la valeur et la monnaie a été réduit, à l'exemple de l'annulation du contrat qui justifiait ce lien. Dans les deux hypothèses, l'obligation monétaire est matérialisée par une marchandise et aucune valeur ne permet de rendre compte de la quantité de marchandise transférée.

Enfin, l'objet de l'obligation peut incorporer la prise en compte d'une valeur sans pour autant y être subordonné. C'est le cas le plus récurrent dans les contrats synallagmatiques où intervient une somme de monnaie : « *celle-ci ne représente pas la contre-valeur de la prestation qui lui sert de cause, mais prend cette valeur en considération* ». L'existence d'un prix issu de la rencontre des volontés renseigne sur les approximations relatives à la valeur. Celle-ci est n'est pas uniquement reflétée par le prix puisque d'autres éléments contribuent à la définir. Les obligations n'ont donc pas toutes un lien avec des valeurs, bien que d'autres y soient totalement ou partiellement liées. Ainsi, le principe de la dette de valeur consiste à lier la quantité de monnaie due à la valeur qui fonctionne à l'intérieur de l'obligation. Ainsi, l'obligation de somme d'argent tient d'abord à la détermination de la valeur monétaire correspondante.

2. Exécution de l'obligation monétaire

72. En France, la monnaie de paiement est l'Euro, la somme due pouvant être payée en espèces ou en monnaie scripturale. L'exécution de l'obligation ou plutôt son paiement se fait donc en euro. Le principe nominaliste de la monnaie s'applique dans l'exécution des obligations de sommes d'argent. Ce principe est né à propos du prêt et a été étendu par la jurisprudence à tous les contrats comportant obligation de payer une somme d'argent. Cette somme due en matière contractuelle est celle qui est numériquement indiquée dans le contrat[58], quand bien même des variations du coût de la vie seraient intervenues entre temps, conformément au principe du nominalisme monétaire[59], exception faite des paiements internationaux où les clauses d'indexation sont admises depuis un arrêt de la Cour de cassation du 3 juin 1930. D'autres

[57] Par exemple : le rapport de certaines libéralités, les récompenses, les donations entre époux, les prêts avec une destination précise…

[58] Article 1895 alinéa 1er du Code civil

[59] Article 1895 alinéa 2 du Code civil

clauses dites d'option de change et d'option de place sont également admises, sous réserve de l'application des règles du contrôle des changes.

73. Dans les paiements dus à des contrats internes, le législateur a prohibé la fixation de la créance en monnaie étrangère. Ensuite, la validité des contrats ayant une clause d'échelle mobile a été encadrée en posant que sont interdites les clauses prévoyant des indexations fondées sur le salaire minimum de croissance ou sur le niveau général des prix ou des salaires, ainsi que toutes les clauses prévoyant une indexation sur le prix des biens, des produits ou des services *n'ayant pas de relation directe avec l'objet du statut ou de la convention ou avec l'activité de l'une des parties*[60].

74. Les obligations de somme d'argent peuvent être libellées soit en unités de paiement, soit en unités de valeur. Cette dualité a une contrepartie sur le terrain de l'exécution. Dans le cas des obligations libellées en monnaie, le débiteur doit un certain nombre d'unités de paiement et son obligation ne consiste qu'à livrer les unités de paiement, le support et les instruments utilisés étant accessoires par rapport au contenu de la dette. De ce fait, l'exécution des obligations monétaires est semblable à l'exécution des obligations en nature, notamment des obligations de donner, sans qu'elle entre dans les précisions de l'article 1126 du Code civil. La dette s'éteint par le versement des unités de paiement, sans que ces unités soient recherchées pour elles-mêmes puisqu'elles ne peuvent pas avoir une réelle valeur patrimoniale. Le créancier attend donc de recevoir un pouvoir d'extinction d'autres dettes qu'il devra ensuite diriger vers d'autres obligations encore inexécutées.

L'exécution de l'obligation libellée en unités de valeur a pour objet « *la livraison d'une valeur* ». L'objet de la dette n'est plus le versement d'unités de paiement, mais d'unités de valeur. Mais, les unités de valeur n'étant pas matérialisables, elles ne peuvent être livrées sous une forme corporelle. Ce qui porte l'inclination à classer les obligations en unités de valeur dans la catégorie des obligations de faire, mais il s'agit en réalité de toute l'originalité et la difficulté de se saisir des obligations de sommes d'argent. Il faut néanmoins observer que le caractère du paiement en droit civil s'adapte à l'exécution des obligations libellées en unités de paiement, puisque le versement de ces unités constitue le mode habituel de libération.

Concernant les obligations en unités de valeur, leur exécution suppose un paiement passant soit par le versement d'une chose ou d'une créance dès lors que la valeur en est subjectivement considérée comme idoine à l'objet de l'obligation. Ce paiement aux modalités diverses

[60] Article L. 112-1 à L.112-4 du Code monétaire et financier

correspond aux modes de paiement dits anormaux du droit commercial[61], puisque suivant le droit des procédures collectives, toute méthode d'extinction est considérée valable et comme moyen de paiement chaque fois qu'elle est proposée par le débiteur et acceptée par le créancier. La conception commercialiste du paiement pose ainsi le versement de monnaie comme la modalité la plus pratique pour éteindre une dette ou exécuter une obligation, sans pour autant que les opérations d'ordre conventionnel conduisant à l'extinction de l'obligation soient écartées.

II. Mécanisme de transfert des obligations

La circulation des obligations monétaires s'explique par le mécanisme plus général du transfert des obligations. La circulation des obligations pécuniaires postule la création de l'obligation (1) avant le transfert de celle-ci (2).

1. La création de l'obligation

75. L'obligation est le lien de droit autorisant à un créancier d'exiger au débiteur une prestation précisément déterminée. Ce lien juridique impose au débiteur de faire ou de remettre quelque chose au créancier. L'obligation revêt ainsi un aspect passif consistant dans la dette du débiteur et un aspect actif, dans la créance. La dette née à l'occasion de l'obligation vient créer un devoir pour le débiteur.

76. L'obligation est considérée comme un élément du patrimoine. La plupart des obligations sont appréciables en argent. A ce titre on les retrouve au passif du patrimoine du débiteur et à l'actif du patrimoine du créancier. Une obligation non exécutée est aussi une dette non éteinte. Ce non-respect de l'obligation correspond à une violation du devoir qui en est né. La violation du devoir va elle-même faire naître une autre obligation, souvent une dette de réparation à l'endroit du créancier. L'obligation peut être autrement perçue comme une valeur patrimoniale, une chose incorporelle susceptible d'être appréhendée en elle-même et apte à circuler[62].

Suivant les circonstances de leur naissance, la nature des obligations peut être établie en raison de leurs sources, de leur objet ou de leur étendue. S'agissant de leur source, les obligations sont soient contractuelles, soit extracontractuelles. A ce titre, elles correspondent à un acte juridique ou à un fait juridique[63]. En considération de leur objet, les obligations correspondent aux devoirs de faire, de ne pas faire, de donner et aux obligations en argent et en nature. L'obligation de

[61] Reymond de Gentille, *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967, In* Rémy Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privée,* LGDJ, Paris 1992
[62] Philippe Malurie, Laurent Aynès, Philippe Stoffel-Munck, *Les obligations,* 3e édition, Defrénois, Paris, 2007
[63] Articles 1101-1369 et articles 1370-1387 du Code civil

faire[64] consiste à accomplir une prestation positive. Celle dite de ne pas faire consiste à s'abstenir de certains actes. L'obligation de donner[65] consiste à transférer la propriété d'un bien, pour les corps certains. Enfin, on peut également identifier les obligations en raison de leur étendue, les obligations de moyen et les obligations de résultat.

L'obligation doit avoir un objet qui n'est pas sous le coup d'une impossibilité. Ce n'est qu'à cette condition que l'obligation peut être exécutée. Lorsque l'objet est impossible, du fait d'une interdiction légale par exemple[66], l'obligation est réputée nulle. Ainsi, « *il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet de convention* »[67].

En outre, une obligation ne peut être exécutée si elle est sans cause ou si elle a une cause illicite[68]. A ce titre, le débiteur accepte une obligation parce que l'engagement qu'il prend à travers elle lui permet d'atteindre un but déterminé. Le débiteur doit, quelques fois en plus de son consentement, s'engager pour une cause qui soit licite[69], lorsqu'elle existe[70]. L'obligation doit donc avoir un fondement juridique pour être causée, même dans les contrats aléatoires où la cause réside dans l'aléa. Il convient de noter que l'existence de la cause met en jeu l'intérêt particulier de l'une des parties obligées. Autrement dit, l'obligation doit représenter un intérêt pour celui qui s'oblige et l'absence de cause est sanctionnée par une nullité relative, la nullité peut être absolue lorsque la cause est immorale ou illicite. La licéité a pour rôle de vérifier la rectitude des mobiles des parties à une convention par exemple.

77. Un des principes régissant les obligations consiste à dire que « *nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui*[71] ». Il faut y voir la traduction d'une règle morale, « *rendre à chacun le sien*[72] ». La conséquence de ce principe est la possibilité d'action pour enrichissement sans cause ou l'action *de in rem verso,* qui consiste en un principe général de droit obligeant à restituer à l'appauvri. Ainsi, la doctrine et la jurisprudence ont posé que l'enrichissement sans cause était source d'obligations et qu'elle n'était soumise à aucune condition. Mais, la doctrine a bien insisté sur les cas dans lesquels la loi obligeait expressément l'enrichi sans cause à indemniser l'appauvri. Ce n'est que plus tard qu'il fut admis que l'appauvrissement dû à un enrichissement

---

[64] Article 1142 du Code civil
[65] Articles 938, 1138 et 1583 du Code civil
[66] Fr. Paul, *les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128, th.* Paris I, LGDJ, 2002, préf. J. Ghestin
[67] Article 1128 du Code civil
[68] Article 1133 du Code civil
[69] Article 1131 et 1108 alinéa 4 du Code civil
[70] H. de Page, *l'obligation abstraite en droit interne et en droit comparé,* Bruxelles, Bruyant, 1957
[71] *Suum cuique tribuere*
[72] G. Bonet, « *enrichissement sans cause », J. Cl. Civil, 1988, In* Philippe Malaurie, Laurent Aynés, *les obligations,* 3e édition, Defrénois, Paris, 2007

sans cause trouvait sa justification dans des considérations morales, et que par conséquent l'action *in rem verso* ne pouvait être expliquée autrement.

L'intérêt de cette action est double. Elle signifie, dans son aspect matériel, qu'il y a eu un déplacement de valeur d'un patrimoine à un autre. Dans son aspect juridique, elle augure de la nécessité d'un recours à la norme pénale. En effet, par l'action *in rem verso,* le déplacement d'une valeur d'un patrimoine à un autre implique qu'il y a eu un enrichissement, un appauvrissement et un lien de causalité entre les deux. L'enrichissement est caractérisé dès lors qu'un patrimoine reçoit un avantage quelconque appréciable en monnaie, entendu au sens courant de l'argent. Cet enrichissement est apprécié de manière objective, indépendamment des besoins ou des intérêts de l'enrichi. Ce qui signifie qu'il y a également enrichissement lorsqu'il y a une acquisition ou une diminution du passif, sans contrepartie[73]. L'appauvrissement correspond à la situation dans laquelle un patrimoine subit une perte quelconque, appréciable en argent. De même, la perte ou la dépense en argent sont considérées comme des formes d'appauvrissement. Cette appréciation explique qu'un service impayé soit perçu comme un appauvrissement.

L'intérêt de l'action *in rem verso* est qu'elle permette justement de rétablir un équilibre, troublé par le déplacement, injuste, d'une valeur d'un patrimoine à un autre, par un mécanisme de restitution de la valeur injustement transférée. Il est utile de rappeler que la restitution de la valeur n'a lieu que s'il est établi que le transfert dont il a fait l'objet est « sans cause ». Cette absence de cause rend injuste le transfert et fait naître l'obligation de restitution[74], la cause désignant le titre juridique en raison duquel a eu lieu l'enrichissement ou l'appauvrissement.

Cependant, il convient de noter que l'action *in rem verso* ne peut être exercée que si l'appauvri ne dispose pas d'autre action, en raison de l'état du droit ou des faits, c'est la subsidiarité. En d'autres termes, l'action ne peut être exercée contre une règle de droit positif. L'action *in rem verso* reste valable lorsque l'autre action se heurte à un obstacle de fait. Enfin, il importe qu'il y ait un lien de causalité directe entre l'appauvrissement et l'enrichissement. La valeur, en argent, passe directement d'un patrimoine à un autre, le caractère direct du lien doit pouvoir être établi.

La naissance de certaines obligations peut avoir lieu dans des circonstances portant atteinte à la volonté et au consentement d'une des parties à l'obligation. Il en résulte malgré tout un transfert de valeurs du patrimoine de la partie lésée vers l'autre. Ce transfert peut être constitutif d'un enrichissement sans cause. L'obligation résultant de cet enrichissement peut ne pas trouver des moyens d'extinctions, en raison des faits ou de l'état du droit, dans le régime du droit commun des obligations. Par ailleurs, les circonstances ayant conduit à léser la volonté et le consentement

[73] O. Salvat, « *Le recours du tiers contre la personne dont il a payé la dette* », Defrénois, Paris, 2004

[74] G. Bonet, « *La condition d'absence d'intérêt personnel et de faute chez l'appauvri pour le succès de l'action in rem verso* », Et. Hébraud, 1981

de l'autre partie peuvent être d'une gravité telle que le dommage qui en résulte, non seulement ne trouve pas de solution de réparation dans le droit civil. Mais, en plus, il s'impose une démarche punitive qui aura vocation à apaiser la partie lésée et la société toute entière ainsi offensée et surtout de réparer. C'est dans ces termes que l'intervention de la norme pénale devient utile, protéger le patrimoine des individus et punir le responsable des atteintes.

2. Le transfert de l'obligation

78. Les obligations peuvent s'éteindre par le paiement qui consiste en une exécution de l'obligation. Dans ces conditions, il ne s'agit plus d'évoquer le créancier et le débiteur, mais plutôt le *solvens* (celui qui paie) et l'*accipiens* (celui qui reçoit le paiement). Même si la personnalité du *solvens* est indifférente[75], celle de l'*accipiens* est essentielle, puisque le paiement n'est libératoire que s'il est entre les mains du créancier[76], en dehors du mandat ou de l'apparence, qui doit en être satisfait. La satisfaction entraîne la libération. Ce qui signifie que le *solvens* doit fournir exactement ce qu'il doit, le paiement doit avoir le même objet que celui de l'obligation[77], quand bien même la valeur de l'autre chose qu'il remettrait serait d'une valeur supérieure ou égale à celle de l'objet de l'obligation[78].

79. Les obligations, dès lors qu'elles sont formées, peuvent faire l'objet de transferts et donc circuler, d'un patrimoine à un autre. Les obligations ont à la fois un aspect passif et actif. Dans leur premier aspect, elles correspondent à des dettes et dans leur deuxième aspect à des créances. La circulation de l'obligation commence avec la nécessité de désintéresser un créancier ou dans la prise en charge d'une dette dont le créancier est tenu à l'égard d'un tiers. La cession des créances et des dettes sont ainsi des moments de la circulation des obligations. Leur circulation implique leur transmission ou leur transfert d'un créancier initial à un autre ou d'un débiteur initial à d'autres.

80. La circulation est rendue possible par le fait que les obligations ne sont pas que des possibilités de déplacer une valeur d'un patrimoine à un autre, elles sont elles-mêmes des valeurs économiques à part entière. A ce titre, l'obligation constitue un actif pour le créancier et peut circuler en même temps qu'elle fait l'objet d'échanges économiques. C'est en se saisissant de cette caractéristique des obligations que les ingénieurs financiers en viennent à concevoir des montages permettant de faire transférer une dette ou une créance d'un patrimoine à un autre.

[75] Article 1236 du Code civil
[76] Article 1239 du Code civil
[77] Article 1243 du Code civil
[78] Article 1246 du Code civil

L'avant-projet *Catala* de réforme du droit des obligations considère la créance « *comme un élément d'actif appelé à circuler ou à constituer la base de la création de nouveaux rapports d'obligation* »[79], c'est ainsi que s'organise *« le commerce juridique des obligations »*[80]. Cet avant-projet a permis d'identifier les modes de transfert ou de transport des obligations. A ce titre, il convient de noter que la cession de créance, la subrogation, la novation et la délégation constituent les voies par lesquels les créances sont transférées. En outre, la créance peut être envisagée en tant qu'objet de propriété de sorte qu'elle puisse être cédée[81].

80. L'état actuel du droit français n'accepte pas le principe de cession des dettes. Il ne semble pas concevable qu'un débiteur solvable se substitue à quelqu'un d'autre qui ne le serait pas. Cependant, la possibilité de céder une créance est admise par le Code civil. Ce qui amène à retenir que la circulation des obligations consiste essentiellement en la circulation des créances et des dettes, même si pour ces dernières des doutes peuvent subsister.

En principe, la cession ou la transmission des dettes n'est pas admise. Mais la délégation est un procédé qui, sans véritablement transférer la dette, en crée une nouvelle par le mécanisme de la délégation parfaite ou en ajoute une autre à la dette déjà existante par la technique de la délégation imparfaite. Ainsi, la dette ne peut être transférée qu'indirectement. La prohibition de la cession de dette tient son explication, outre le silence du Code civil, dans le fait qu'il existerait un lien entre une dette et sa cause juridique si étroit qu'à défaut pour le cessionnaire de reprendre la dette avec sa cause, la cession ne peut être exécutée.

Mais, l'impossibilité de cession d'une dette est plus fortement posée par le fait qu'il est impossible d'imposer un changement de débiteur au créancier, alors que la qualité du créancier importe peu au débiteur dans la cession de créance. La chambre civile de la cour de cassation a toutefois rendu un arrêt déclarant que la cession de dette était « une cession » inopposable au créancier à défaut de son accord[82]. En d'autres termes, la cession de dette peut bien avoir lieu mais ne sera pas opposable au créancier qui peut toujours se retourner contre son débiteur initial.

81. Le droit français n'admet pas la cession de dette entre vifs. Cependant, le patrimoine d'une personne morale peut être transféré à une autre. C'est notamment le cas dans les opérations de fusion par absorption ou par création d'une entité nouvelle où les dettes sont transmises en même temps que l'actif. Le Code civil ne traite pas de la cession de dette isolée. Mais, le principe de l'autonomie de la volonté permet aux parties d'envisager une telle opération bien que ses

---

[79] Yvaine BUFFELAN-LANORE, Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil « les obligations »*, 13e édition, Dalloz, Paris 2012, p. 147

[80] *Ibid.*

[81] Article 112 du projet *Catala* de réforme du droit des obligations

[82] Civ. 1ere, 30 avril 2009, *Défrenois* 2009. 1289 obs. R. Libchaber

effets soient limités. La convention entre le débiteur originaire et le nouveau débiteur peut être valable, mais elle sera inopposable au créancier. D'ailleurs, conformément à l'article 1237 du Code civil, « *l'obligation de faire ne peut être acquittée par un tiers contre le gré du créancier lorsque ce dernier a intérêt qu'elle soit remplie par le débiteur lui-même* ». Dans le cas où la cession de dette se ferait avec l'accord du créancier, il faudra le préciser expressément et obtenir l'accord d'éventuels tiers, notamment les créanciers hypothécaires du nouveau débiteur ; surtout s'il est question de faire passer dans les biens du nouveau débiteur l'hypothèque qui se fondait sur les biens du premier.

La cession de dette peut aussi être mise en œuvre à l'occasion du transfert d'un bien qui en est l'accessoire. L'acquéreur d'un immeuble doit par exemple respecter le bail existant entre son auteur et son locataire, mais l'aliénateur ne s'en trouve pas libéré pour autant[83]. A contrario, une cession de dette presque parfaite est réalisée lorsqu'une police d'assurance prévoit que l'acquéreur d'un bien assuré doit payer les primes à échoir, ce qui libère l'aliénateur[84].

En outre, la jurisprudence admet la transmission passive des clauses d'approvisionnement d'un fonds de commerce ou clauses d'exclusivité ou de non-concurrence tant en matière de cession de fonds de commerce qu'en matière de cession d'un cabinet libéral au profit de cessionnaires successifs[85]. Il faut dire que seul un accord de volonté entre l'aliénateur et l'acquéreur peut produire cette cession. Celle-ci reste néanmoins imparfaite puisque le créancier bien qu'il acquiert une action contre l'acquéreur ne perd pas l'action qu'il avait contre l'aliénateur.

82. La délégation est l'opération juridique par laquelle une personne (le délégant) obtient d'une autre personne (le délégué), qu'elle s'engage envers une troisième (le délégataire), qui l'accepte comme débiteur. En fait, plutôt que le remboursement se fasse par le délégué et que celui-ci rembourse à son tour le délégataire, le délégué paie directement le délégataire. Mais, la délégation n'est pas une cession de dette directe puisque « *la délégation opère création d'un rapport de droit en vue de l'extinction des obligations primitives et non translation d'une obligation primitive* ». Partant, la délégation peut être parfaite ou imparfaite. Sous sa première forme, la délégation suppose l'existence d'un lien de droit préexistant entre le délégant et le délégataire. Ils peuvent ainsi convenir qu'entre eux la délégation ait pour effet de substituer un nouveau débiteur à l'ancien qui se trouve ainsi libéré. Sous sa forme imparfaite, la délégation crée un nouveau rapport de droit entre le délégué et le délégataire sans faire disparaître celui qui existait entre le délégant et le délégataire. Du coup, il y a deux débiteurs au lieu d'un seul.

---

[83] Article 1743 du Code civil

[84] Sauf pour les véhicules terrestres à moteur, article L.121-10 du Code des assurances

[85] Civ. 1ere , 3 décembre 1996, *JCP* 1997. II. 22799, note J.-J Daigre

Le procédé de la délégation n'est pas très éloigné de celui de la novation. Celle-ci est une opération par laquelle les parties éteignent une obligation pour la remplacer par une nouvelle obligation, avec le changement de l'un des éléments de l'obligation primitive : le créancier, le débiteur ou l'objet de l'obligation[86].

83. L'autre voie de circulation des obligations consiste dans la circulation des créances, notamment dans la cession de celles-ci. La cession des créances se fait soit par voie de subrogation personnelle, soit par cession directe des créances[87].

La cession de créance est l'opération par laquelle un créancier (le cédant) transfère à une personne qui deviendra le nouveau créancier (le cessionnaire) tout ou partie de la créance qu'il avait sur son débiteur (le cédé). Souvent, la cession de créance permet de céder une créance à terme afin d'obtenir des disponibilités immédiates. Elle sert également à céder une créance litigieuse dont le recouvrement peut être difficile.

84. Le régime des créances spéciales, notamment celles issues des opérations commerciales, présente différents procédés de cession. Ainsi, distingue-t-on les transferts des titres nominatifs à l'occasion desquels le droit de créance est constaté par une inscription sur un registre tenu par le débiteur. L'inscription est transférée du nom du cédant à celui du cessionnaire, tout en respectant un certain formalisme, notamment pour les actions non cotées en Bourse dont elle est la forme obligatoire depuis la loi du 30 décembre 1981.

Dans la tradition des titres au porteur, la créance est constatée et incorporée au titre qui est considéré comme un meuble corporel et se négocie par simple tradition manuelle, en remettant le titre d'un porteur à un autre. Mais, dans ce cas seules les obligations peuvent être au porteur. Enfin, il convient d'identifier les endossements des titres à ordre et les cessions de créances professionnelles. Dans les endossements, le droit de créance est constaté dans un document écrit qui comporte la clause *« veuillez payer à l'ordre de… »*. Ce sont le chèque, la lettre de change et le billet à ordre. La créance se transmet par la mention que fait le cédant en indiquant par un signe au dos du titre qu'il remet au cessionnaire. Il peut ainsi y avoir une série d'endossements successifs.

La subrogation dont il est question dans le cadre de la circulation des obligations est celle dite *personnelle* qu'il convient de distinguer de la subrogation réelle où c'est un bien qui est substitué à un autre dont il prend la place dans le patrimoine. La subrogation personnelle constitue un transfert de créance du créancier originaire au créancier subrogé avec tous ses accessoires et sûretés. Ce transfert s'effectue uniquement à l'occasion du paiement et pour le montant versé au

[86] Article 1271 du Code civil

[87] Article 1689 du Code civil et suivants

créancier originaire. La subrogation correspond donc à une opération de paiement. La subrogation peut être conventionnelle ou légale et transmet au subrogé « *tous les droits et action du subrogeant*[88] ». La subrogation et l'ensemble des mécanismes de cession des créances et de transmission des obligations constituent le socle sur lequel les ingénieurs financiers vont pouvoir imaginer une bonne partie de leurs montages, conférant ainsi aux obligations un entendement purement économique.

Section 2. Circulation économique des obligations

85. Les sociétés ont très souvent recours à des montages leur assurant une optimisation du financement de leur croissance. Le recours à l'ingénierie financière est indispensable car les sociétés, dans leur grande diversité, ne peuvent se satisfaire de produits standardisés pour le financement courant de leur activité économique. L'ingénierie financière sert ainsi à trouver les outils et les combinaisons qui apportent une réponse satisfaisante aux souhaits des sociétés et des dirigeants. En outre, les besoins en capitaux des sociétés croissent régulièrement tandis que l'offre de capitaux a toujours plus d'opportunités de placements. En conséquence, il importe aux sociétés ayant une demande de financement de trouver des montages pour attirer les capitaux en vue de les affecter vers leurs projets plutôt que ceux d'autres entités. Pour assurer leur croissance externe ou interne, les sociétés ont recours à diverses sources d'endettement. Toutefois, nombreuses de ces sources présentent des inconvénients. L'endettement bancaire peut entraîner une perte d'indépendance et peut peser sur les résultats. L'endettement obligataire suppose une capacité d'attraction importante, tandis que l'accroissement des fonds propres suppose un risque de dilution du pouvoir qui se trouve, de fait, moins concentré entre les mains des fondateurs, autant de raisons de s'obliger par des contrats visant à trouver des financements à moindres coûts. Certains actifs financiers[89] sont représentatifs de contrats. S'intéresser à la circulation de la monnaie implique aussi de porter l'analyse sur les titres financiers inclus dans la masse monétaire et les contrats sur la base desquels sont conçus lesdits titres, qui servent eux-mêmes à éteindre des obligations. Celles-ci circulent en raison de deux caractéristiques. D'abord, elles ont une valeur économique car la plupart des obligations sont convertibles en argent. C'est en considération de la prépondérance des obligations de sommes d'argent (I) que la valeur économique des obligations invite à décrypter les mécanismes de transfert de ces obligations(II).

[88] Article 1250, 1° du Code civil

[89] Xavier Lacaze, *Le dictionnaire encyclopédique de la finance*, Volume I, 1995-1996, Éditions Finagren, Paris 1995

I. Nature patrimoniale des obligations

Les obligations peuvent circuler d'un patrimoine à un autre et peuvent avoir une valeur économique. L'illustration la plus probante de la nature patrimoniale des obligations consiste dans les valeurs mobilières (1). Quant à l'intérêt économique de ces obligations, il peut être conçu à travers les opérations sur ces valeurs mobilières (2).

1. Les valeurs mobilières

86. La doctrine a posé que la « part sociale » est « le droit né du contrat de société au profit de chacun des membres d'une société de personne ou d'une SARL »[90]. D'autres auteurs ont affiné la définition de la part sociale en posant qu'elle correspond à « la fraction du capital dont l'appropriation donne à l'associé le droit de participer à la vie de la société et au partage des bénéfices »[91]. Le Professeur Germain a en outre indiqué que la part sociale s'oppose à « l'action qui désigne le droit de l'associé dans les sociétés de capitaux et qui est un titre négociable »[92]. Cependant, l'évolution des règles du droit des sociétés a conduit à relativiser cette opposition. Le fait est que le régime applicable aux actions limite quelques fois leur négociabilité, sur laquelle se fondait la distinction avec les parts sociales, alors que la simplification du mode de cession de ces dernières revient parfois à les rendre négociables.

87. Il devient alors nécessaire de faire observer que les parts sociales sont des biens meubles. Cette nature juridique relève de l'article 529 du Code civil qui dispose que sont des meubles par détermination de la loi « *les actions ou intérêts dans les compagnies de finances, de commerce ou d'industrie…* ». En outre, les actions ou intérêts *« sont réputés meubles à l'égard de chaque associé seulement tant que dure la société* ». Cette dernière caractéristique implique que les parts sociales appartiennent à la catégorie des meubles incorporels. Elles ont une valeur patrimoniale et peuvent faire l'objet de toutes les opérations susceptibles d'être réalisées sur les biens mobiliers.
Les parts sociales ainsi définies comme des meubles, sont susceptibles de cession, de transmission ou de nantissement. L'opération de cession des parts sociales est souvent assimilée à une opération de vente, et particulièrement à une cession de créances. C'est dans cette assimilation que tiennent les règles du droit commun de la vente qui sont régulièrement appliquées en matière de cession de parts sociales. Toutefois, d'autres dispositions ont été prévues, compte tenu du fait que ces opérations de cession de créances ont des incidences sur les dispositions spécifiques au droit des sociétés. C'est à la lumière de ces dernières dispositions que

[90] *Rép. Sociétés Dalloz, V° « part sociale », n°1, par* G. Goffaux-Callebaut
[91] G. Cornu, *Vocabulaire Juridique,* Puf
[92] Ripert et Roblot par M. Germain, *Droit commercial,* t.I, vol. 1, *Les sociétés commerciales,* 2002, n°1080

la cession des parts sociales à un tiers, entre associés, entre conjoints ou entre ascendants et descendants, sera le plus souvent affinée. Enfin, outre les diverses dispositions du droit de la vente ou du droit des sociétés qui s'appliquent à la cession de parts sociales, celle-ci produit, entre autres effets, une opposabilité à l'égard des tiers. En effet, le Code de commerce[93] prévoit que la cession est rendue opposable à la société dans les formes prévues par l'article 1690 du Code civil. Autrement dit, pour que la cession soit opposable, il est nécessaire d'accomplir un certain nombre de formalités de publicité auprès du registre du commerce. Contrairement aux dispositions spécifiques à chaque type de société, il n'y a pas dans les textes propres au droit des sociétés des dispositions prévoyant précisément les formalités à accomplir pour le nantissement des parts sociales. Le droit commun des gages des créances mobilières constitue le principal référentiel de ce type d'opérations. Les valeurs mobilières servent généralement de moyen de financement aux projets de développement et de croissance des sociétés. Les instruments de financement des sociétés ont été diversifiés. Durant les années 1980, d'autres instruments de financement ont ainsi été créés, en addition aux actions. D'une part, il a été permis aux SARL d'émettre des valeurs mobilières relevant de la catégorie des obligations. D'autres part, le régime des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions a été simplifié, tout en offrant davantage de liberté tant dans la création que dans la gestion de ces valeurs mobilières afin de mieux permettre à ces sociétés d'adapter leurs ressources en fonds propres à leurs besoins réels de financement. La conséquence de cette diversité d'instruments a été une diversité d'opérations pouvant être réalisées avec ces valeurs mobilières.

88. Les valeurs mobilières sont un ensemble de titres négociables de même nature cotés ou susceptibles de l'être, émis par une personne en contrepartie d'une contribution financière, immédiate ou différée, et conférant des droits identiques à chacun de leurs détenteurs. Cette appréhension des valeurs mobilières tient de l'ordonnance n°2009-15 du 9 janvier 2009 qui a modifié l'article L.228-1 du Code de commerce qui dispose que les valeurs mobilières sont des titres financiers[94] confirmant des droits identiques par catégorie. Les titres financiers incluent donc à la fois les actions et autres valeurs mobilières pouvant donner accès, directement ou indirectement, au capital ou au droit de vote. Ces titres sont transmissibles par inscription en compte ou par tradition ; il en va de même pour les titres de créances représentant une créance sur l'émetteur[95].

[93] Article L. 221-14

[94] Article L.211-1 du Code de commerce

[95] A l'exclusion des bons de caisse et des effets de commerce et les parts ou action d'Organismes de placement collectif en valeurs mobilières (opcvm), Code monétaire et financier article L.211-1, I nouv.

89. L'ordonnance du 24 juin 2004 a simplifié le droit français distinguant plusieurs catégories d'actions. Désormais, en plus des actions ordinaires, on dénombre les actions de préférence, inspirées des *preferred shares* du droit américain, les actions prioritaires sans droit de vote ainsi que les certificats d'investissement, qui ont d'ailleurs vocation à disparaître.

Plus concrètement, les actions sont des valeurs mobilières émises par les sociétés par actions en représentation de leur capital social. Il s'agit de titres remis aux personnes réalisant un apport en fonds propres à la société. Du coup, les actionnaires sont des créanciers de dernier rang de la société. Dans la famille des actions il faut distinguer les actions en numéraire des actions en apport. Chacune constitue une division du capital. L'action désigne à la fois la valeur mobilière, dématérialisée et inscrite en compte, et le droit de l'actionnaire. L'action confère à son titulaire des droits pécuniaires aussi bien en cours de vie sociale qu'en cas de liquidation. Ainsi, l'action ouvre droit, en cas d'apparition d'un bénéfice distribuable et du vote du principe de distribution par l'assemblée, à une fraction de ce bénéfice sous forme de dividende qui sera versé à chacun des actionnaires[96].

90. L'ordonnance n°2004-604 du 24 juin 2004 a posé une nouvelle distinction des principaux droits reconnus aux actionnaires. Désormais, ils peuvent être distribués de façon privilégiée ou préférentielle. Au terme de l'article L. 228-11 du Code de commerce, il peut être créé des actions de préférence, avec ou sans droit de vote, assorties de droits particuliers de toute nature, à titre temporaire ou permanent. Anciennement, les actions de priorité permettaient déjà à leurs titulaires de jouir de privilèges par rapport aux titulaires d'actions relevant d'autres catégories, les actions prioritaires sans droit de vote et des certificats d'investissement.

Initialement assis sur le principe d'une liberté contractuelle, ces titres ont fait l'objet d'une réglementation qui a conduit à encadrer leur régime juridique. Ainsi, la réforme opérée par l'ordonnance du 24 juin 2004 a permis un retour à davantage de liberté contractuelle et a favorisé, par l'introduction des actions de préférence en droit français, la substitution d'un instrument financier unique, doté d'un régime tout aussi unique, aux multiples produits existants auparavant et connaissant chacun un régime juridique propre[97]. Ce qui explique que les titres existants avant la réforme ont vocation à disparaître, d'où l'interdiction d'émettre des actions prioritaires sans droit de vote, des actions de priorité ou des certificats d'investissement.

Formellement, les actions de préférence peuvent être émises dans toutes les sociétés par action. Mais en réalité, les sociétés cotées y recourent peu en raison de l'obligation qui pèse sur elles

[96]Article L.232-11 et L.225-100 Code du commerce

[97] Jean Marc Moulin, *le droit de l'ingénierie financière*, 3e édition Gualino, lextenso éditions, Paris 2009

d'assurer deux lignes de cotation distinctes qui, par construction, ont une faible liquidité[98]. Les actions de préférence peuvent être créées, soit au moyen de l'émission d'actions nouvelles, soit par le biais d'une conversion d'actions ordinaires en actions de préférence. En cours de vie sociale, les actions de préférence peuvent faire l'objet de conversion ou de rachat par la société.

91. L'intérêt social peut postuler l'octroi de préférences à certaines actions. Ce même intérêt social peut aussi nécessiter que ces actions puissent disparaître à un moment de la vie sociale. Il peut donc être indispensable de simplifier et de faciliter à la fois la création et la disparition de ces instruments. Dans un premier temps, il est offert à la société de convertir tout ou partie de ses actions de préférence. Il se peut que les préférences accordées à un instant ne soient plus justifiées ou soient trop lourdes à supporter. Aussi, le Code de commerce indique-t-il que les actions de préférence peuvent être converties en actions ordinaires ou en actions de préférence d'une autre catégorie[99]. Il revient aux statuts ou au contrat d'émission de préciser les modalités de cette éventuelle conversion[100]. Il convient de noter que lorsque cette conversion aboutit à réduire le capital social en l'absence de pertes sociales constatées, les créanciers dont la créance est antérieure à la date du dépôt au greffe du tribunal du procès-verbal de délibération de l'assemblée générale, ou du conseil d'administration ou du directoire en cas de délégation, peuvent former opposition à la conversion afin d'obtenir du juge qu'il prononce le remboursement anticipé de leur créance ou qu'il oblige la société à constituer à leur profit des garanties suffisantes[101].

92. Les préférences positives ou négatives qui pourront être véhiculées par les actions de préférence ne peuvent être circonscrites de manière exhaustive. Même si l'alinéa 1er de l'article L.228-11 du nouveau Code de commerce dispose expressément que les droits adossés aux actions de préférence doivent être définis par les statuts sur ce que la société souhaite ou sur ce qu'elle est prête à accorder, l'obligation d'inventaire ainsi posée ne suffit pas à limiter les préférences véhiculées par les actions de préférence. Toutefois, cette disposition conforte un double mécanisme d'encadrement aux pactes d'actionnaires. D'abord, la portée de ce mécanisme est d'ordre informationnel puisque les tiers peuvent connaître ces préférences. Ensuite, elle est protectrice des intérêts des investisseurs car ces préférences sont opposables à la société en quelques mains que se trouvent les actions, sauf à prévoir l'extinction des privilèges en cas de mutation des actions de préférence pour quelque cause que ce soit[102].

---

[98] *Ibid.*
[99] Article L. 228-14
[100] Article L. 228-12 du Code de commerce
[101] Article R. 225-152 et R. 228-15 du Code de commerce
[102] *Ibid.*

La réforme du 24 juin 2004 offre de revenir au principe de base selon lequel tout ce qui n'est pas interdit est permis. Aussi, les préférences auxquelles donnent droit les actions de préférence peuvent être pécuniaires[103] ou extra-pécuniaire, le droit de vote et les autres prérogatives de gouvernement. Relevons d'ores et déjà que la loi LME du 4 août 2008 permet que les actions de préférence sans droit de vote et à droits pécuniaires limités soient privées du droit préférentiel de souscription, à défaut de quelques dispositions contraires des statuts. Ces droits peuvent faire l'objet de combinaisons multiples. Ils peuvent être permanents ou temporaires, être continus ou à éclipses, à durée déterminée ou indéterminée, dus en toutes circonstances ou à partir de certains seuils, progressifs ou dégressifs, plafonnés ou non. D'autres préférences sont envisageables au gré des souhaits des émetteurs et des investisseurs. La réforme a unifié le régime des titres représentatifs de fonds propres octroyant des préférences à leurs titulaires.

93. La grande liberté laissée aux ingénieurs financiers dans la création d'actions de préférence est cependant tempérée. Les aménagements pouvant conduire à prévoir un dividende au profit de certaines actions même en l'absence de bénéfice distribuable encouraient les sanctions attachées à la distribution de dividendes fictifs, sans oublier le lien indéfectible qui préside à la distribution de dividendes et la constatation par l'assemblée de sommes distribuables[104].

Par ailleurs, le Code de commerce interdit de stipuler au profit d'un actionnaire une clause d'intérêt fixe ou intercalaire[105]. Les préférences adossées à certaines actions visant à garantir à leur titulaire un rendement certain ne doivent pas méconnaître l'obligation de maintenir un lien entre la réalisation de bénéfices distribuables et l'allocation d'une rémunération à l'investissement en fonds propres. Enfin, les ingénieurs financiers doivent pouvoir tenir compte de la prohibition des clauses léonines[106]. Même si cette prohibition ne s'oppose pas à une répartition inégalitaire des bénéfices entre les associés[107], elle pose la nullité de toute clause ou aménagement conduisant à priver un actionnaire de sa vocation au partage des fruits de l'exploitation sociale. Il suffit donc que cette vocation soit sauve pour que l'octroi du droit

[103] Dividendes gonflés (une part importante de dividendes), premier dividende (C. com. art. L.232-16), préciputaire (dividende payé avant les autres actionnaires), fixe ou variable voire les deux à la fois (dividendes prélevés sur les bénéfices ultérieurs s'ils n'ont pu être suffisants pour servir les droits des actionnaires privilégiés), droit prioritaire à l'amortissement ou en cours de vie sociale, droit prioritaire au remboursement lors de la liquidation, droit prioritaire au rachat ou au boni de liquidation, dividende fixe déterminé lors de l'émission mais susceptible de varier selon des formules préfixées ou encore rachat prioritaire des actions de préférence ou enfin conversion des cations de préférence en actions d'une autre catégorie selon une parité définie à l'avance et tenant compte de la valorisation de la société ou de l'atteinte par cette dernière d'objectifs fixés antérieurement, etc.

[104] Article L.232-12 du Code de commerce

[105] Article L.232-15

[106] Article 1844-1 du Code civil

[107] Cass. Com., 13 février 1996, *Bull. Joly Sociétés* 1996, p. 404, note P. Le Cannu

particulier ne soit pas sous le coup de la prohibition. D'ailleurs, le droit préférentiel de souscription relève du bloc des règles impératives auquel les statuts de la société ne sauraient déroger.

En outre, concernant les autres droits politiques, notamment celui d'être informé, des clauses permettent de conditionner l'accès à l'assemblée à la détention d'actions pendant un certain temps prédéterminé. De telles clauses peuvent être adoptées dès lors que l'on aura pris soin de les distinguer des clauses exigeant la détention d'un minimum d'actions pour accéder à l'assemblée et qui fait l'objet d'une condamnation par la loi NRE du 15 mai 2001 qui interdit aux statuts de les contenir. Ainsi, si le seul accès à l'assemblée est interdit, le vote peut être maintenu[108]. Il faut dire que le droit de vote représente pour l'actionnaire « *la charge et la garantie inséparable des droits financiers entrés dans son patrimoine avec la propriété de l'action* »[109]. Aussi, en imposant que tout associé puisse participer aux décisions collectives, le Code civil[110] contribue-t-il, lui aussi, à borner la liberté d'aménagement du droit de vote. A ce titre, certaines limites posées par la loi viennent définir un véritable ordre public.

D'abord, les actions de préférence sans droit de vote ne peuvent, à peine de nullité de l'émission, représenter plus de la moitié du capital social[111]. Cette proportion est ramenée au quart lorsque les actions de la société sont cotées, en tenant compte des actions privées partiellement temporairement du droit de vote. Ensuite, les aménagements du droit de vote doivent se faire dans le respect des règles relatives à la proportionnalité du droit de vote au capital détenu[112]. Autrement dit, la règle selon laquelle « une action, une voix » ou concernant l'octroi d'un éventuel droit de vote double ainsi que le plafonnement du droit de vote ne peuvent être méconnus. Enfin, le fait de se faire accorder, garantir ou promettre des avantages pour voter dans un certain sens ou pour ne pas participer au vote, ainsi que le fait d'accorder, garantir ou promettre ces avantages restent pénalement punissables[113]. Il faut y voir une répression du « trafic des voix ». Le droit de vote est ainsi indisponible entre les mains de l'actionnaire qui ne peut le monnayer. Si le droit de vote n'est plus un attribut fondamental pour l'actionnaire, il le demeure pour l'action qui en est dotée. Aussi, les conventions par lesquelles l'actionnaire se prive de son droit de vote seront annulées.

---

[108] Jean Marc Moulin, *le droit de l'ingénierie financière,* 3e édition Gualino, lextenso éditions, Paris 2009
[109] *Ibid.*
[110] Article 1844-1
[111] Article L.228-11 alinea 3 du Code de commerce
[112] *Ibid.*
[113] Article L. 242-9,3° du Code de commerce

94. En dépit de la liberté aux reconnue aux actionnaires, certaines règles se rapportant à l'information[114] sont insusceptibles d'aménagement dans le sens d'un amoindrissement[115]. De même, tous les aménagements venant à concéder à une catégorie d'actions préférentielles des droits ou des obligations en méconnaissance des règles de quorum[116] peuvent être annulés, tout comme les décisions qui auraient été adoptées sur le fondement de tels aménagements. Dans ce cadre d'idées, il paraît opportun de mentionner le principe non-écrit consacré par la jurisprudence de la hiérarchie des organes en vertu duquel il est interdit d'interférer dans la hiérarchisation et la séparation légale des pouvoirs en attribuant à un organe de la société un pouvoir ou une prérogative que la loi attribue expressément à un autre. En conséquence, les aménagements tendant à donner aux porteurs d'actions de préférence un droit de veto empêchant la prise de décision semblent devoir être exclus. Le Code du commerce répute non-écrite toute clause des statuts ayant pour objet de subordonner l'accès des actionnaires aux assemblées générales extraordinaires et spéciales à des conditions autre que celle de posséder au moins une action[117].

Il faut par ailleurs observer qu'au titre des préférences patrimoniales, les diverses restrictions à la libre négociation d'actions recensées dans les opérations de prise de participation en capital ou d'organisation d'entreprises familiales pourront être soumises à une clause d'agrément, de préemption ou d'inaliénabilité tandis que d'autres actions seront librement négociables.

Certaines actions pourront imposer à leurs titulaires de subir une priorité de sortie concédée à d'autres ou une sortie conjointe. Certaines actions entraîneront le bénéfice d'une clause de rachat en cas de changement de contrôle au sein de leur propre capital tandis que d'autres en seront privées. La détention de certaines actions pourra même entraîner une interdiction totale ou partielle, définitive ou permanente, d'acquérir d'autres actions de la société à l'exception de celles qui seraient versées au titre du dividende. D'autres confèreront à leurs titulaires le droit de ne pas être dilués sur le modèle d'une clause *pari pasu* ou de ne pas perdre leur rang préférentiel en cas d'émission de nouvelles actions de préférence à l'instar des clauses de l'associé le plus favorisé[118].

95. Avant l'ordonnance du 24 juin 2004, la présence des titulaires de valeurs mobilières autres que des actions de préférence pouvait être constitutive d'obstacle à la création d'actions de priorité. Par exemple, en présence d'obligations complexes, il était interdit à la société d'émettre des actions de priorité même s'il existait une exception au profit de la création d'actions à

[114] Article L. 225-105 du Code de commerce

[115] Les actionnaires disposant d'au moins 5% du capital de requérir l'inscription de projets de résolution d'ordre du jour de la future assemblée ne peut souffrir d'aucune restriction, etc.

[116] Articles L.225-37 alinéa 1er, L.225-96 et L225-98 du Code de commerce

[117] Article L. 225-113

[118] *Ibid.*

dividendes prioritaires sans droit de vote dès lors que les droits des obligataires se trouvaient préservés. Aussi, les autorités se sont-elles inspirées de ce dispositif afin d'arriver à faciliter le recours aux actions de préférence en généralisant et en assouplissant ce dispositif. Ainsi, en présence de valeurs mobilières composées donnant accès à terme au capital de l'émetteur directement ou indirectement par l'émission d'actions de préférence qui produiraient le même résultat, la société ne peut ni modifier les règles de répartition de ses bénéfices, ni amortir son capital social, sauf si elle a une autorisation de la masse des porteurs de valeurs mobilières composées ou du contrat d'émission. En revanche, lorsque la création d'actions de préférence ne produit aucun des effets précédemment indiqués, elle peut se faire librement[119].

96. Pour se financer, les sociétés peuvent émettre des obligations qui sont des titres de créance. Bien que traditionnellement les seules sociétés par action aient pu émettre des titres obligataires, désormais les SARL y sont également habilitées. Les obligations appartiennent à la catégorie des titres de créances négociables émis au gré de l'émetteur et représentant un droit de créance à long terme sur la société qui les émet[120]. Ce sont aussi des valeurs mobilières négociables faisant l'objet d'une inscription en compte. Les obligations confèrent les mêmes droits de créance à leurs porteurs pour une même valeur nominale[121]. Dans les sociétés cotées elles peuvent être au porteur ou nominatives, tandis que dans les sociétés non cotées elles ne peuvent être qu'au nominatif.

97. Les obligations présentent l'avantage de fournir une source de financement à moyen ou à long terme de la société, sans qu'il y ait risque de dilution du pouvoir des apporteurs de fonds tout en permettant d'échapper à l'emprise d'un prêteur unique. Les intérêts versés dans ce cadre sont moindres que ceux versés dans le cadre d'un emprunt classique[122] et sont déductibles de son résultat imposable, à la différence des dividendes. Le souscripteur d'une obligation a l'avantage de ne pas courir de risque social, à la différence d'un actionnaire. Il en résulte qu'il a droit à une rémunération pendant la durée du contrat et au remboursement de son avance à l'échéance de celui-ci. Le souscripteur de l'obligation a également la faculté de négocier ses titres sur un marché, s'il en existe un. Cependant, en cas d'ouverture d'une procédure collective contre l'émetteur, les porteurs d'obligations peuvent perdre leur investissement. De plus, en cas d'augmentation des taux d'intérêts, le prix des obligations précédemment émises tend à baisser, les investisseurs préférant se porter vers les obligations nouvellement émises offrant une

[119] Article L. 228-98 du Code de commerce
[120] Article L.213-1 du Code monétaire et financier
[121] Article 213-5 du Code monétaire et financier
[122] L'explication tient à la division du risque et la possibilité de négocier les obligations

meilleure rémunération[123]. Constatant que les obligations simples étaient devenues des instruments financiers d'endettement couramment utilisés, les autorités, par les ordonnances n°2004-604 du 24 juin 2004[124] et n°2004-274 du 25 mars 2004[125], ont habilité les SARL, au même titre que les sociétés par actions, à émettre des titres de créances.

98. La protection des obligataires est souvent assortie de garanties de l'emprunt. En effet, il est fréquent que les émissions d'obligations s'accompagnent de la constitution de sûretés[126] avant ou après l'émission afin de garantir la créance des obligataires[127]. En pratique, une clause dite *pari pasu* du contrat d'émission tend à garantir les souscripteurs d'un traitement égal entre les obligataires de divers emprunts. Ainsi, les premiers souscripteurs sont-ils assurés de bénéficier des mêmes avantages que ceux offerts aux souscripteurs d'un nouvel emprunt obligataire. En outre, les obligataires, comme les autres prêteurs, exigent désormais la souscription de *covenants.* Ces dernières sont des clauses prévoyant un certain nombre de ratios financiers d'endettement qui, lorsqu'ils sont dépassés, déclenchent automatiquement[128] des mécanismes comportant soit le renforcement des sûretés garantissant le remboursement de l'emprunt, soit le remboursement anticipé dudit emprunt. Il faut dire que la principale garantie dont disposent les prêteurs réside dans la faculté de remboursement de la société. Il n'est pas exclu que les obligataires se retrouvent dans une société qui n'arrive plus à faire face à son passif exigible, d'où la souscription par les obligataires et autres prêteurs de *covenants* avec des *trigger clauses* qui ont vocation à pallier cet écueil.

99. L'un des traits communs à l'ensemble des valeurs mobilières résidait dans le fait de permettre à la société de disposer au moment qu'elle jugerait le plus opportun des fonds nécessaires à son développement tout en l'affranchissant des contretemps du marché[129]. Le législateur a donc multiplié les innovations en termes de valeurs mobilières avant de consacrer en 1985 un principe de liberté pour les situations qui n'avaient pas encore été encadrées[130]. La liberté en la matière s'est caractérisée, dans une certaine mesure, par l'introduction en droit français de la faculté d'émettre des titres obligataires permettant l'accession directement ou indirectement à des titres de capital. Le recours à ces titres hybrides a donné lieu à un mouvement

---

[123] Jean Marc Moulin, *le droit de l'ingénierie financière,* 3e édition Gualino, lextenso éditions, Paris 2009 p. 64
[124] Ordonnance portant réforme des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciale
[125] Ordonnance portant simplification du droit et des formalités des entreprises
[126] Garanties réelles sur les actifs immobiliers ou mobiliers de l'émetteur ou d'un tiers, cautionnement d'un tiers, garanties assises sur les créances sociales
[127] Article L.228-77 du Code de commerce
[128] *Trigger clauses*
[129] Jean Marc Moulin, *le droit de l'ingénierie financière,* 3e édition Gualino, lextenso éditions, Paris 2009
[130] Anciens articles du Code de commerce L. 228-91 à L. 228-97

de simplification qui n'a pas remis en cause les acquis précédents. Les paramètres choisis par les émetteurs optant pour l'un ou l'autre des produits sont toujours les mêmes[131]. Ce qui a amené les sociétés par action à émettre de nombreuses variétés de valeurs mobilières composées prévues ou non par le législateur. Cette liberté s'est d'abord appuyée sur une disposition du Code de commerce qui autorisait une société à émettre des valeurs mobilières donnant droit par conversion, échange, remboursement, présentation d'un bon ou de toute autre manière, à l'attribution à tout moment ou à une date fixe, de titres qui étaient ou seraient émis en représentation d'une quotité du capital de la société émettrice ou de la société qui possède, directement ou indirectement, plus de la moitié de son capital[132]. Les seules réserves à cette disposition résidaient dans le fait, pour la société émettrice, de respecter les dispositions expresses relatives aux autres valeurs mobilières composées et dans l'interdiction de transformer en titre de créance des titres de capital, afin de ne pas obérer les fonds propres de la société. C'est sur le fondement de cette liberté qu'apparurent bon nombre de valeurs mobilières complexes[133].

100. La logique de l'ordonnance n°2004-604 du 24 juin 2004 étant que le droit ne doit pas constituer un obstacle au financement des sociétés mais l'accompagner en en sécurisant le processus, les multiples régimes juridiques qui existaient auparavant ont été remplacés par un régime unifié. En outre, les émetteurs restent libres de composer selon leurs besoins propres, des valeurs mobilières composées comportant un titre primaire et un ou plusieurs titres secondaires. Ce en se fondant également sur l'autonomie de la volonté. Désormais, le régime juridique de ces valeurs mobilières dépend, des stipulations contenues au contrat d'émission, la loi n'intervenant plus que dans un sens supplétif.

« *Les sociétés par actions peuvent émettre des valeurs mobilières donnant accès au capital ou donnant droit à l'attribution de titres de créances »*[134]. La généralité de cette disposition indique d'emblée que c'est l'ensemble des sociétés par actions et non plus les seules sociétés anonymes, qui peuvent émettre des valeurs mobilières composées. En outre, il convient d'observer que la définition des valeurs mobilières composées est laissée à la seule appréciation des émetteurs. Toutefois, la liberté ainsi laissée aux émetteurs peut être relativisée.

---

[131] Taux d'intérêt sur le marché, effet dilutif d'une augmentation de capital, obtention immédiate d'une partie du *cash* nécessaire au financement, moindre coût de tout produit associant une composante permettant de bénéficier à terme des plus values dégagées par le capital

[132] Ancien article L. 228-91 du Code de commerce

[133] Obligations à bon de souscription d'actions remboursables (OBSAR), obligations à bon de souscription et/ou d'acquisition d'actions remboursables (OBSAAR), obligations remboursables en actions assorties de bons de souscription d'actions (ORABSA), obligation convertibles à bons de souscription d'actions (OCABSA), etc.

[134] Article L. 228-91 alinéa 1er du Code de commerce

D'abord, il reste interdit d'émettre des titres de capital qui auraient vocation à devenir, par quelque moyen que ce soit, des titres de créances. Toute clause contraire à cette interdiction est réputée non-écrite[135]. Ce qui signifie qu'une société par action ne peut amoindrir ses fonds propres au profit de produits d'endettement, même assimilables à des fonds propres. Ensuite, la décision d'émettre des titres donnant accès au capital relève du droit commun des augmentations de capital. La compétence en est donc laissée à l'assemblée générale extraordinaire de la société qui émettra à terme les titres de capital. Lorsque les valeurs mobilières émises peuvent ou doivent donner accès au capital d'une filiale ou de la société-mère, l'assemblée générale extraordinaire de la société dans laquelle le titre secondaire a vocation à être exercé doit également être réunie pour autoriser l'émission, sous peine de nullité de cette dernière[136].

101. Au titre des règles de protection accordées aux porteurs de titres complexes, il convient de noter que la société voulant attribuer ces titres ne peut modifier sa forme ou son objet que si elle y a été autorisée par le contrat d'émission ou par l'assemblée des porteurs de ces valeurs. Elle ne peut non plus modifier les règles de répartition de ses bénéfices, ni amortir son capital ou émettre des actions de préférences ayant les mêmes effets, à moins d'y être autorisée par le contrat d'émission ou l'assemblée des porteurs de valeurs mobilières composées. De même, les titulaires de titres composés donnant accès au capital doivent être réunis en assemblée pour autoriser toute modification aux conditions de souscription ou d'attribution de titres de capital déterminés au moment de l'émission[137].

Dans le même ordre d'idée, lorsque la société qui attribue les titres de capital ou les valeurs mobilières y donnant accès décide de procéder à l'émission de nouveaux titres de capital avec maintien du droit préférentiel de souscription au profit des actionnaires ou si elle décide de distribuer des réserves et des primes d'émission ou si elle souhaite modifier la répartition de ses bénéfices par la création d'actions de préférence, elle doit prendre les mesures nécessaires à la protection des droits des titulaires de valeurs mobilières composées donnant accès au capital social[138]. La même règle doit être appliquée en cas de rachat par une société de ses actions cotées à un prix supérieur au cours de bourse[139].

Dans le cas où la société souhaitant émettre des titres de capital est absorbée par une autre société ou fusionne avec une ou plusieurs autres sociétés pour former une nouvelle société ou procède à une scission, les titulaires de valeurs mobilières donnant accès au capital exercent leurs droits

[135] Article L. 228-91 alinéa 5
[136] Article L. 228-93 du Code de commerce
[137] Article L. 228-103 alinéa 2 du Code de commerce
[138] Article L. 228-99 alinéa 1er du Code de commerce
[139] Article R. 228-90 du Code de commerce

dans la société ou les sociétés bénéficiaires des apports dans lesquels le nombre de titres de capital auquel ils peuvent prétendre est déterminé en corrigeant le nombre de titres qu'il était prévu d'émettre ou d'attribuer en vertu du contrat d'émission en fonction du nombre d'actions à créer par les sociétés bénéficiaires des apports. Enfin, la société ne peut pas, par principe ou hors le cas d'une dissolution anticipée de la société ne résultant ni d'une fusion ni d'une scission, imposer aux titulaires de titres hybrides donnant accès au capital, le rachat ou le remboursement de leurs droits. Sauf si le contrat d'émission prévoit expressément cette faculté. Les règles de protection ainsi exposées ne sont pas sans appeler un certain nombre d'observations, notamment celle conduisant à constater que le recours à l'assemblée des porteurs de valeurs mobilières pour autoriser certaines opérations revient à conférer un véritable droit de veto à ceux-ci[140].

102. L'endettement des sociétés fait l'objet d'un suivi minutieux de la part des agences de notation. Ces dernières portent un grand intérêt au rapport de l'endettement sur les fonds propres[141] afin de délivrer aux investisseurs d'investir ou non dans la société considérée. Ce ratio est l'un des éléments d'appréciation du risque de défaut que présente un agent économique. En théorie, la dégradation de ce ratio entraîne que l'agent économique endetté dispose de moins de ressources propres pour faire face à ses échéances d'emprunt. De la sorte, le recours à un emprunt supplémentaire se présente comme un événement pouvant conduire au défaut de remboursement de la part de l'emprunteur.

L'amélioration de ce ratio peut passer par une augmentation de capital qui présente les inconvénients de diluer le pouvoir et sa rentabilité, mais aussi d'être très onéreux. Une autre solution peut consister en une émission de valeurs mobilières qui, sans représenter le capital, ont l'avantage d'être considérées par les agences de notation et les analystes financiers comme des fonds propres. Il peut s'agir des titres de créances dont les modalités de remboursement sont telles qu'ils vont relever de la catégorie des fonds propres. C'est en considération de cet avantage que la loi n°2003-706 dite de sécurité financière du 1er août 2003 a introduit les titres subordonnés.

Bien que le droit français eût déjà connu la pratique de la subordination, celle-ci semblait cependant trop étroite aux praticiens tant en raison des personnes morales limitativement énumérées par la loi pouvant procéder à l'émission de tels titres que par l'encadrement juridique de ces derniers. En effet, les praticiens opérant dans l'industrie du financement d'acquisition ont souvent eu recours à des montages faisant intervenir des véhicules *ad hoc* ou *Special Purpose Vehicle (SPV)* prenant généralement la forme de « *capital trusts* » afin de permettre aux sociétés

[140] Jean Marc Moulin, *le droit de l'ingénierie financière,* 3e édition Gualino, lextenso éditions, Paris 2009
[141] Ratio endettement/fonds propres

de droit français d'émettre des titres subordonnés pouvant être considérés comme relevant de la catégorie des fonds propres[142]. Afin de mettre terme à ce procédé, la loi dite de Sécurité financière a autorisé ces sociétés à émettre des valeurs mobilières représentatives de créances sur la société émettrice. Ces mêmes valeurs mobilières pouvaient également donner le droit de souscrire ou d'acquérir une valeur mobilière remboursable après désintéressement des autres créanciers.

Désormais, les sociétés par actions, par l'intermédiaire de leurs organes d'administration ou de leur assemblée, peuvent émettre des titres de créances sur elles-mêmes en stipulant au contrat d'émission que ces titres ne seront remboursés qu'après désintéressement des autres créanciers[143]. Ce qui signifie que le contrat d'émission de ces titres doit faire figurer une clause de subordination posant que le titre ainsi émis ne sera remboursé qu'après que d'autres créanciers sociaux l'auront été. Ces nouveaux titres permettent de renforcer le ratio de solvabilité, en renforçant notamment la catégorie *tier one* des fonds propres bancaires. Les titres subordonnés sont assimilés par les agences de notation à des fonds propres car ils ne seront remboursés qu'à l'échéance prévue au contrat d'émission qui peut être calquée sur celle de la société voire une durée plus longue. En cas de liquidation de la société, ils ne sont remboursés qu'après tous les créanciers sociaux, juste avant la reprise de leurs apports par les actionnaires avec qui ils partagent sensiblement le même risque. Un autre atout de ces titres réside dans le fait de laisser la rédaction de la clause légale de subordination dans le domaine contractuel.

103. La technique de subordination viendrait de l'ingénierie financière anglo-saxonne qui la désignait sous les termes de *Subordinated Loans* ou *Subordinated debt*[144]. La crise boursière de 1929 aux États-Unis aurait été à l'origine du développement de ce type de financement. Les banques auraient ainsi proposé aux sociétés non cotées de leur octroyer des financements assortis de conditions de subordination aux termes desquelles un créancier junior acceptait de subordonner le remboursement de sa créance à celui d'un autre créancier avec l'accord de l'emprunteur. Plus tard, dans les années soixante, cette technique a été exportée en Grande Bretagne par les banques américaines. Les juristes anglais adoptèrent et posèrent ainsi la distinction entre la subordination générale et la subordination particulière. La première, encore qualifiée d'imparfaite, est utilisée lors d'émissions obligataires, tandis que la deuxième est utilisée dans le cadre de financement de projets.

---

[142] Les titres subordonnés à duré indéterminés (TSDI), les titres subordonnés remboursables (TSR) en actions (TSRA), les titres subordonnés remboursables avec des bons de souscription d'obligations remboursables en actions (TSRBSORA) étaient émis suivant ce processus

[143] Article L. 228-97 du Code de commerce

[144] Ph. Wood, *Law & Pratice of international Finance*, Sweet & Maxwell, Londres, p.403, *In* Zine Sekfali, *Droit des financements structurés*, REVUE BANQUE édition, Paris, 2004

En France, la notion de subordination de créance trouvait des applications dans la pratique des cessions d'antériorité, avant sa transposition par voie législative. L'introduction de financements se situant entre la dette bancaire et le capital social fut faite par la loi du 11 juillet 1978 relative à l'orientation de l'épargne vers le financement d'entreprise[145]. Par le titre IV de la loi du 13 juillet 1978, furent introduits les prêts participatifs. Ceux-ci instituèrent une subordination générale. En effet, l'article L. 313-14 du Code monétaire et financier vint poser « qu'*en cas de redressement judiciaire de l'entreprise débitrice, les prêts participatifs ne seraient plus remboursés qu'après désintéressement complet de tous les autres créanciers privilégiés ou chirographaires* ». La loi sur le développement des investissements et la protection de l'épargne du 3 janvier 1983, qui incorpora les titres participatifs[146] dans la loi sur les sociétés commerciales du 24 juillet 1966, vint poser d'autres régimes de subordination générale. La loi du 14 décembre 1985 modifiant diverses dispositions du droit des valeurs mobilières, des titres de créances négociables, des sociétés et des opérations de bourse, introduisit dans la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales un article 339-7 sur les titres subordonnés, lesquels ne seraient plus remboursables qu'après désintéressement des autres créanciers, à l'exclusion des titulaires de prêts participatifs[147]. Le régime de subordination particulière amena également le législateur à adopter des dispositions relatives aux fonds communs de créances. Ainsi, l'article 9 du décret du 9 mars 1989, pris en application de la loi du 23 décembre 1988 portant création des fonds communs de créances, créa les parts « spécifiques » de fonds communs de créances dont le remboursement n'interviendrait qu'après celui des porteurs de parts non spécifiques. Les parts spécifiques furent ainsi créées afin de supporter le risque de défaillance des débiteurs[148].

104. L'article L.228-97 du Code de commerce dispose que « *lors de l'émission de valeurs mobilières représentatives de créances sur la société émettrice, y compris celles donnant le droit de souscrire ou d'acquérir une valeur mobilière, il peut être stipulé que ces valeurs ne seront remboursées qu'après désintéressement des autres créanciers, à l'exclusion ou y compris des titulaires de prêts participatifs ou titres participatifs, nonobstant les dispositions des articles L. 228-36 du présent code et celles des articles L.313-13 et suivants du code monétaire et financier. Dans ces catégories de valeurs mobilières, il peut être également stipulé un ordre de priorité des paiements* ». Ces dispositions viennent poser un nouvel échelon après les titres participatifs, les titres super subordonnés. Ceux-ci seront remboursés après les titres et les prêts participatifs et se rapprochent plus encore des fonds propres dans l'ordre de remboursement. Le ministre de

[145] B. Cordier, *Le renforcement des fonds propres dans les sociétés anonymes*, LGDJ, 1989
[146] *« Fonds propres et titres d'emprunt », Dictionnaire Joly, Bourse et produits financiers.*
[147] Demians d'Archimbaud et Portait, *Revue Banque*, 1989, p. 254 et 482
[148] J. Terray, « La titrisation des crédits », *Bull. Joly*, 1990, n°181 et s. 219 et s.

l'Économie et des Finances d'alors[149] déclara que cette disposition « *visait à créer en droit français une nouvelle catégorie de valeurs mobilières qui pourraient simultanément être traitées en fonds propres par les régulateurs, agences de notation et analystes et en instrument de dette sur le plan comptable et fiscal* ».

105. Le cadre législatif de la subordination, quoique déjà très avantageux, n'a pas empêché que soient conçues les subordinations contractuelles, hors cadre législatif et en dehors du cadre des émissions de valeurs mobilières, qui instaurent une créance de dernier rang. Certains auteurs n'ont d'ailleurs pas manqué de s'interroger sur la licéité de ces clauses à l'égard du principe d'égalité entre les créanciers, en application des dispositions de l'article 2093 du Code civil. Zine Sekfali fait observer que la législation relative à la technique de subordination intéresse en premier lieu la subordination générale. Le fait est que s'il n'y a aucun doute à ce que la subordination particulière relève du principe de l'autonomie de la volonté[150], la licéité de la subordination contractuelle générale doit être appréciée au travers d'une lecture combinée des dispositions de la loi du 13 juillet 1978 sur les prêts participatifs et de la loi bancaire de 1984, en particulier les articles 1 et 2 codifiés sous les articles L. 511-1, L. 311-1 et L. 312-1 du Code monétaire et financier. Partant, le constat selon lequel une absence de texte spécial aurait pour effet de rendre illicite la subordination contractuelle devient irrecevable. Aussi, à la lecture de ces articles, il devient légitime de reconnaître, en dépit de l'absence de texte spécial, *la possibilité de stipuler librement une convention de subordination générale assimilable à un prêt participatif*[151]. Quant au principe d'égalité entre les créanciers, posé à l'article 2093 du Code civil, Zine Sekfali soutient que, en vertu de ce principe, les créanciers antérieurs ne sont pas fondés à invoquer de préférence à l'égard des créanciers postérieurs. Réciproquement, les créanciers postérieurs ne sont pas fondés à invoquer de préférences à l'égard des créanciers antérieurs sur les biens qui ne se trouvaient pas encore dans le patrimoine du débiteur au jour où ce dernier a contracté un engagement au profit de ceux-ci. La technique de subordination n'a donc pas pour effet de créer des préférences au profit de certaines catégories de créanciers chirographaires.

106. En 1943, le doyen Hamel écrivit, à ce propos, qu'il « *est universellement admis qu'un créancier est en droit de s'entendre d'avance avec un autre pour reconnaître à cet autre un droit de priorité. La clause est courante dans certains contrat où un bailleur de fonds se voit reconnaître, par d'autres créanciers, un droit de priorité*[152] ». Au regard de ce propos, le

[149] Au moment où fut voté l'amendement qui a modifié la rédaction de cet article en 2003, M. Francis Mer
[150] Article 1134 du Code civil
[151] Zine Sekfali, *Droit des financements structurés*, REVUE BANQUE édition, Paris, 2004, p.148 § 189

[152] J. Hamel, *Banques et opérations de banque*, T. II, 1943, p. 487

professeur Zine Sekfali ajoute que la subordination visée par le doyen Hamel était une subordination particulière. Aussi, la validité de celle-ci devrait être admise en dehors de toute procédure collective touchant l'entreprise débitrice[153]. La validité de la subordination étant, par la pratique, de toute façon admise, elle a donné lieu à des perfectionnements consistant en la subordination totale et en une subordination imparfaite. La première implique que le désintéressement du créancier junior soit suspendu jusqu'au complet désintéressement du créancier senior. La subordination imparfaite est celle en vertu de laquelle le créancier junior est en droit de recevoir des versements tant que certains événements, précisément définis, ne se sont pas produits.

Les nombreuses réformes intervenues en vue de réglementer ou de simplifier le financement des sociétés ont donné lieu des innovations financières. Celles-ci ont été soit importées, soit imposées par la force des usages des praticiens de l'ingénierie financière. Ces innovations ont essentiellement consisté en des techniques ou des montages envisageant la répartition des avantages et des droits liés à la détention d'actions ou de titres de créances. Les actions et les titres de créances sont ainsi les instruments conférant aux obligations leur valeur et leur caractéristique patrimoniale. C'est en combinant les avantages ou les contraintes liées aux actions et aux titres de créances que les obligations monétaires sont mises en circulation. Celle-ci est notamment mise en œuvre à l'occasion des opérations portant sur les différentes valeurs mobilières. Ces opérations visent souvent à transférer les obligations d'un patrimoine à un autre.

2. Les opérations sur les valeurs mobilières

107. Les opérations sur les valeurs mobilières constituent l'un des domaines de l'imagination des ingénieurs financiers. L'examen de ces opérations fait apparaître les enjeux relatifs aux titres de capital dans leur dualité fondamentale : source de financement en fonds propres et source de pouvoir à préserver. C'est également à l'occasion des opérations sur les valeurs mobilières que les obligations monétaires peuvent circuler. Les actions se trouvent souvent à la base des opérations tendant à adapter le montant des capitaux propres avec les besoins de financement des sociétés.

108. L'augmentation de capital par une société peut avoir pour but d'accroître les fonds propres de la société afin de réaliser de nouveaux investissements ou pour améliorer sa capacité d'endettement. L'augmentation de capital peut également répondre à la volonté des actionnaires de faire entrer un partenaire qui peut apporter des nouveaux capitaux ou des biens utiles à sa croissance. Elle peut aussi répondre aux souhaits des créanciers de voir certaines réserves être

[153] Zine Sekfali, *Droit des financements structurés*, REVUE BANQUE édition, Paris, 2004, p.148 § 190

incorporées au capital afin d'augmenter leur propre gage. Elle peut enfin être le résultat de la levée d'option, de l'échange ou de la conversion de tout bon ou valeurs mobilières composées précédemment émises. L'augmentation du capital social d'une société peut se faire par l'émission d'actions nouvelles ou par majoration du montant nominal des titres de capital existants, et également par l'exercice de droits attachés à des valeurs mobilières donnant accès au capital[154]. Quelles que soient les motivations de la société, les augmentations du capital immédiates ou à terme sont du ressort exclusif de l'assemblée générale extraordinaire statuant aux conditions de quorum et de majorité requises pour adopter des modifications statutaires[155]. L'assemblée peut alors décider du montant de l'augmentation et de la nature des titres à émettre, mais aussi du prix d'émission des titres, de la période de souscription[156].

L'assemblée doit se prononcer après qu'a été présenté le rapport du conseil d'administration ou du directoire présentant toutes les indications utiles sur les motifs de l'augmentation de capital proposée et la situation sociale de la société, ainsi que sur le motif de suppression du droit préférentiel de souscription lorsque cette solution est envisagée. En outre, un rapport spécial des commissaires aux comptes donnant son avis sur l'opération doit être présenté aux actionnaires en cas de suppression du droit préférentiel de souscription, d'augmentation par apport en nature ou lorsque l'augmentation est accompagnée de la stipulation d'avantages particuliers. L'ordonnance du 24 juin 2004 a posé que désormais l'assemblée générale extraordinaire disposerait d'un pouvoir de délégation. Elle peut ainsi déléguer au conseil d'administration ou au directoire d'une SA, au gérant d'une SCA ou à l'organe compétent d'une SAS. Cette délégation peut porter sur les pouvoirs nécessaires pour fixer les modalités de l'augmentation et effectivement procéder à celle-ci. Cependant, l'assemblée générale extraordinaire doit préalablement à la délégation, avoir décidé du principe et arrêté le montant de l'augmentation de capital[157]. La délégation ainsi faite est valable cinq ans. Dans ce laps de temps, l'organe délégataire peut user ou non de la délégation en une ou plusieurs fois, en partie ou en totalité.

109. Les sociétés anonymes qui ont intégralement libéré leur capital social sont les seules à pouvoir procéder à une augmentation de capital. Par dérogation, cette règle ne joue pas en cas d'augmentation du capital par élévation du nominal des actions existantes, encore moins lorsque la société octroie à ses salariés des options de souscription d'actions[158]. Cette condition préalablement examinée, l'augmentation de capital peut être appréciée à l'aune du droit

[154] Article L. 225-127 du Code de commerce
[155] Articles L.225-129
[156] L'augmentation doit être réalisée dans un délai de 5 ans suivant la décision
[157] Articles L. 225-129-1 du code de commerce
[158] Article L. 225-177 du Code de commerce

préférentiel de souscription, de la prime d'émission et des modalités de souscription des actions nouvellement émises.

110. Les anciens actionnaires peuvent voir à la fois une perte et une dilution de leurs droits financiers et politiques dans la société, en cas de souscription des actions nouvelles émises. Aussi, pour protéger ces anciens actionnaires, il leurs est accordé un droit de souscrire par préférence, par priorité, les actions nouvellement émises par la société[159]. Avec la Loi de Modernisation de l'Économie du 4 août 2008, les actions de préférence sans droit de vote ont été privées du droit préférentiel de souscription pour toute augmentation du capital en numéraire, sauf clause contraire des statuts[160]. Ce droit préférentiel, d'ordre public, est proportionnel au montant des actions. Il correspond, en principe, à la perte de valeur subie par chaque action ancienne, en raison de l'émission d'actions nouvelles.

111. Il peut arriver que certains actionnaires anciens ne disposent pas d'un nombre d'actions leur permettant de bénéficier d'un nombre entier d'actions nouvelles à émettre. Dans ce cas, il faudra que ces actionnaires achètent un droit préférentiel supplémentaire, s'ils veulent obtenir une action nouvelle par l'exercice de leur droit préférentiel de souscription. Celui-ci est négociable ou cessible selon que l'action à laquelle il se rattache est elle-même négociable ou cessible[161]. Les actionnaires peuvent ainsi vendre ou acheter un certain nombre de droits afin d'obtenir un nombre entier d'actions nouvelles. Ils peuvent aussi renoncer, à titre individuel à leur droit préférentiel[162]. Les sociétés faisant une offre au public peuvent porter à la connaissance des actionnaires, par communiqué diffusé par la société, l'information sur le prix définitif de l'émission, au plus tard la veille de l'ouverture de la souscription. Ce qui permet de tenir compte de l'évolution du cours de bourse de l'action dans l'intervalle pour rendre la souscription attractive.

112. Souvent, pour échapper à cette contrainte de délai, les émetteurs procèdent à l'émission de capital par voie d'émission de bons de souscription d'actions (BSA). Les BSA à ne sont pas caducs à la fin de la période de souscription et peuvent faire l'objet de placement par un syndicat auprès d'investisseurs, permettant la réalisation de l'émission de 100%. Les opérations d'augmentation de capital au moyen de BSA sont très proches des émissions avec DPS[163]. Aussi, l'Autorité des marchés financiers (AMF) a-t-elle souhaité que ces opérations obéissent à des

[159] Article L. 225-132 du Code de commerce
[160] Article L. 228-11 du Code de commerce
[161] Article L. 225-132 du Code de commerce
[162] Jean Marc Moulin, *le droit de l'ingénierie financière,* 3e édition Gualino, lextenso éditions, Paris 2009
[163] *Ibid.*

règles similaires que ce soit en termes de prix d'émission, de délai de négociation et de souscription des BSA ou de constitution de garantie[164].

Cependant, l'existence du droit préférentiel de souscription au profit des actionnaires déjà présents dans la société peut être source d'entrave lorsque la société souhaite bénéficier de l'augmentation de son capital pour permettre l'entrée d'un nouvel actionnaire, tel un partenaire financier ou industriel, ou faire offre au public, en se présentant sur les marchés financiers. Or, si tous les actionnaires anciens exercent leurs droits préférentiels de souscription, cela a pour conséquence que l'augmentation de capital va être intégralement souscrite par des actionnaires déjà présents dans la société. Aussi a-t-il été interdit aux statuts de priver les actionnaires de leur droit préférentiel de souscription, il est en revanche loisible à l'assemblée générale extraordinaire de supprimer, pour la totalité de l'augmentation ou pour une ou plusieurs tranches de celle-ci, le droit préférentiel de souscription normalement attaché aux actions existantes[165].

L'assemblée générale extraordinaire doit, en outre, se prononcer au vu d'un rapport du conseil d'administration ou du directoire qui doit préciser les motifs de cette suppression ainsi que les incidences de celle-ci sur la situation des actionnaires déjà présents dans la société et d'un rapport des commissaires aux comptes de la société qui doivent apprécier si les informations données aux actionnaires sont de nature à parfaitement éclairer leur vote tant sur l'augmentation de capital que sur la suppression de leur droit préférentiel.

113. L'ordonnance de juin 2004 a institutionnalisé les augmentations « en continu » ou « au fil de l'eau ». Ainsi, même si les actions nouvelles sont assimilables aux actions déjà émises, dans la limite de 10% de son capital social par an, l'assemblée générale extraordinaire d'une société cotée peut autoriser l'organe de direction à fixer lui-même le prix d'émission des nouveaux titres. Les modalités de cette nouvelle augmentation doivent être préalablement déterminées par l'AGE. L'organe de direction doit rendre compte à l'assemblée suivante, dans un rapport certifié par les commissaires aux comptes, de l'usage de la délégation qui leur a été faite. Dans le cas où les actions nouvelles ne conféreraient pas à leurs titulaires les mêmes droits que les anciennes, le prix d'émission ou les conditions de fixation de ce prix sont déterminés par l'AGE sur la base du rapport du conseil d'administration ou du directoire et sur celui des commissaires aux comptes[166].

Enfin, dans les sociétés cotées, les directions cherchent systématiquement à réaliser une augmentation de capital sans droit préférentiel de souscription. Ces sociétés facilitent le

[164] Position AMF, 4 décembre 2007 : *Dr. Société 2008*, n°60, obs. de Th. Bonneau sur la légitimité de l'intervention de l'AMF et sa substitution au législateur.

[165] Article L. 225-135 du Cde de commerce

[166] Article L.225-136, 2° du Code de commerce

placement de leurs titres sur les marchés étrangers et encaissent l'intégralité de la prime d'émission, ce qui contribue à augmenter leurs fonds propres.

L'AMF a, à la suite de l'ancienne Commission des Opérations de Bourse, manifesté son attachement au droit préférentiel de souscription dans la mesure où il protège les actionnaires. En effet, ceux-ci, privés de leur droit préférentiel de souscription, peuvent craindre de voir le cours de leur action se déprécier, leur participation se diluer davantage et perdre l'opportunité de négocier leur droit préférentiel. Pour arriver à combiner ces impératifs contradictoires, l'ordonnance du 24 juin 2004 a institutionnalisé un délai de priorité au profit des actionnaires anciens sur la totalité ou une fraction de l'augmentation de capital.

114. Une société qui constate des pertes, peut vouloir les absorber en procédant à une réduction de capital. Cette dernière opération peut également être réalisée en dehors de toutes pertes sociales, notamment lorsque la société constate qu'elle dispose d'un capital trop important eu égard à ses besoins effectifs de financement en fonds propres. La réduction de capital est une décision qui relève des prérogatives de l'assemblée générale extraordinaire, puisqu'il s'agit d'une décision conduisant à modifier les statuts[167]. Toutefois, l'assemblée peut déléguer, après avoir fixé les grandes lignes de l'opération, au conseil d'administration ou au directoire le soin de réaliser l'opération.

115. Lorsque la société a émis des actions relevant de diverses catégories, la réunion des assemblées spéciales de chacune des catégories dont les droits vont être atteints s'impose[168]. Ce qui implique, d'une part, que les actionnaires aient été parfaitement informés sur l'opération en cause afin de pouvoir se prononcer de manière éclairée. D'autre part, l'égalité des actionnaires doit être préservée[169]. Cette exigence d'égalité devrait être relativisée dans la mesure où, hormis l'hypothèse de l'actionnaire qui accepte à titre individuel de renoncer au bénéfice de cette protection et de supporter seul la réduction moyennant suppression de tout ou partie de ses titres, elle ne doit s'entendre que par catégorie d'actions. Aussi, l'interdiction de discriminer les actions, au regard de l'opération de réduction, doit s'appliquer à toutes les catégories. Mais, il reste possible de faire supporter la réduction à une seule des catégories d'actions présentes dans la société, si l'assemblée spéciale réunissant les seuls titulaires de cette catégorie y consent[170].

Lorsque des pertes sont constatées dans les documents comptables, que les capitaux propres[171] de la société deviennent inférieurs à la moitié du capital social et que la dissolution de la société a

---

[167] Jean Marc Moulin, *le droit de l'ingénierie financière,* 3e édition Gualino, lextenso éditions, Paris 2009

[168] Article L. 225-99 du Code de commerce

[169] Article L. 225-204 alinéa 1er du Code de commerce

[170] *Ibid.*

[171] Capital social + réserves + pertes

été écartée par l'AGE convoquée par les organes de direction, les actionnaires sont tenus, dans un délai de deux ans suivant l'exercice au cours duquel les pertes ont été constatées, de réduire le capital de leur société d'un montant au moins égal à celui des pertes qui n'ont pas pu être imputées sur les réserves. Autrement dit, les actionnaires ont le choix entre réduire le capital ou l'augmenter[172].

116. Il peut arriver à la société de prétendre à réduire le capital social à un montant inférieur au minimum légal requis. Dans ce cas, à moins d'adopter une autre forme sociale, la réduction du capital à un niveau inférieur au minimum légal n'est autorisée que sous la condition suspensive d'une augmentation subséquente du capital destinée à ramener celui-ci à un niveau au moins égal au minimum légal requis. La société peut donc valablement réduire son capital social à zéro afin d'apurer ses pertes sociales avant de procéder à une nouvelle augmentation visant à se recapitaliser. Cette opération a amené des auteurs tel que Jean Marc Moulin à soutenir que la réduction du capital à zéro n'équivaut pas à une expropriation pour cause d'utilité privée, mais sanctionne l'obligation des associés de contribuer aux pertes sociales dans la limite des apports. Il convient en outre de relever que la réduction de capital non motivée par des pertes entame le gage des créanciers qui bénéficient d'un droit d'opposition en conséquence. Ils peuvent ainsi demander l'intervention d'un juge qui peut rejeter ou accueillir la décision de réduire le capital, en imposant à la société de rembourser ses créances ou de constituer des garanties suffisantes[173].

117. Une société peut décider de rembourser à ses actionnaires ou à un certain nombre d'entre eux tout ou partie de leurs actions à titre d'avance sur le produit de la liquidation future. La société peut ainsi rembourser aux actionnaires tout ou partie de leur apport, sans qu'il y ait une réduction corrélative de son capital social[174]. Une telle décision revient à l'assemblée générale extraordinaire, sauf si les statuts contiennent des dispositions relatives à l'amortissement du capital. En pratique, la société prélève sur ses bénéfices distribuables ou sur ses réserves disponibles les sommes nécessaires au remboursement du nominal des actions. Le remboursement peut avoir lieu pendant que les capitaux propres ne sont pas ou ne deviennent pas inférieurs au montant du capital social augmenté du montant des réserves qui ne peuvent être légalement ou statutairement distribués.

L'opération d'amortissement du capital n'est pas courante. Seules les sociétés de capital-investissement manifestent un réel intérêt pour ce type d'opération. Elles peuvent en effet, en cours d'investissement, récupérer leur investissement initial. De surcroît, elles se font consentir

[172] Article L. 225-248 du Code de commerce
[173] Article L. 225-205 du Code de commerce
[174] Article L. 225-198 du Code de commerce

une priorité dans le remboursement qui peut prendre la forme d'actions prioritaires amortissables. Le plus souvent, les autres sociétés présentent une insuffisance de fonds propres. Celle-ci leur interdit de rembourser par anticipation leurs actionnaires. En outre, sur le plan fiscal, le remboursement est traité comme une distribution de bénéfices, la fiscalité peut s'en trouver encore plus importante. Enfin, l'opération d'amortissement de capital est interdite lorsque la société a précédemment émis des valeurs mobilières donnant accès au capital, à moins d'y être autorisée par l'assemblée générale des titulaires de ces valeurs et sous réserves de prendre des dispositions nécessaires au maintien des droits de ceux-ci[175]. Les actions amorties deviennent des actions dites de jouissance. Cette qualification n'a de sens qu'au sein de la société[176]. Bien que les actions de jouissance puissent perdre leur droit au premier dividende ou intérêt statutaire ainsi que leur droit au remboursement de leur valeur nominale, elles continuent de conserver toutes les autres prérogatives. Notamment, leur droit au superdividende, au boni de liquidation, le droit de participer aux assemblées et d'y voter ainsi que leur droit préférentiel de souscription[177].

118. Il est fréquent de rencontrer des sociétés ayant un nombre très important d'actions avec un nominal faible. Ces sociétés peuvent, pour se rendre plus attractives, procéder à un regroupement d'actions. Celui-ci est une opération par laquelle une société remplace plusieurs actions d'un montant faible par une seule action d'un montant nominal plus élevé[178]. La décision de procéder à un regroupement d'action revient à l'assemblée générale extraordinaire, dans la mesure où une telle opération entraîne des modifications sur les statuts. A contrario, une société peut avoir pour objectif d'améliorer la liquidité de ses actions afin qu'elles soient mieux appréciées par les places financières. Dans cette optique, les actions deviennent accessibles à un plus large public et permettent aux actionnaires de se séparer plus aisément de tout ou partie de leur participation. Pour atteindre ces différents objectifs, la société peut procéder à une opération de division d'actions ou *split,* qui est généralement le fait de société ayant une forte capitalisation et une bonne situation financière. Cette opération consiste à diviser le nominal des actions existantes, emportant de fait une augmentation du nombre d'actions représentatives du capital social. Cette opération affecte le nominal des actions et entraîne une modification des statuts, elle est donc du ressort de l'assemblée générale extraordinaire.

119. De nombreuses autres opérations affectant les titres de capital sont envisageables par les sociétés, c'est notamment le cas du jumelage d'action et de la location d'actions. Le jumelage

[175] Article L. 228-98 du Code de commerce
[176] Jean Marc Moulin, *le droit de l'ingénierie financière,* 3e édition Gualino, lextenso éditions, Paris 2009
[177] Article L. 225-199 du Code de commerce
[178] Article L. 228-29 du Code de commerce

d'actions ou *stapling* est une technique permettant de lier, au moyen de clauses statutaires, de manière indissociable, tout ou partie des actions émises par deux sociétés de nationalités différentes, qui ne peuvent, par la suite, être ni cédées ni acquises séparément. Cette technique permet ainsi aux sociétés qui y recourent de pouvoir être cotées conjointement sur les places financières des sociétés respectives au moyen d'une unité réalisée au niveau des actions jumelées. De la sorte, ces sociétés s'assurent de pouvoir être présentes sur au moins deux marchés financiers non pas comme des valeurs étrangères, mais comme des sociétés locales plus attractives, tout en évitant les difficultés liées à la double cotation.

120. Sur le plan fiscal, le jumelage offre aux investisseurs la détention de titres étrangers. Ceux-ci bénéficient d'une option quant à la source de leurs dividendes qui proviendront de la société avec laquelle ils partagent leur lieu de résidence. Enfin, le jumelage d'actions est aussi envisagé comme un mécanisme de défense contre une offre publique d'achat hostile, dans la mesure où le lien indissociable qui est créé entre les actions des deux sociétés conduit à ne pouvoir céder une action de l'une des sociétés sans que soit cédée entre les mêmes parties une action de l'autre société partie au jumelage. Ce qui conduit à renchérir la prise de contrôle de l'une des sociétés, puisque celle-ci n'est possible qu'à la condition d'une acquisition du contrôle concomitant de l'autre société. L'article L. 228-91 issue de l'ordonnance du 24 juin 2004 relatif aux valeurs mobilières donnant accès au capital, contient en son alinéa 4, la faculté d'insérer dans le contrat d'émission une clause au terme de laquelle la valeur mobilière de base, ou titre primaire, ne pourra être négocié séparément du titre de capital ou de créance, ou titre secondaire, auquel elle donne droit. Ce qui implique d'une part, que la société qui envisage de procéder à une opération de jumelage doit l'avoir prévu dans ses statuts. Dans le cas contraire, il convient de modifier les statuts, en n'omettant pas d'avoir l'aval préalable de l'assemblée générale extraordinaire qui est indispensable. D'autre part, l'émission d'un titre subordonné donnant accès au capital d'une société ne peut être cédée sans donner automatiquement accès au capital de la société émettrice, ce qui n'est pas sans affecter la structure de l'actionnariat, notamment s'il y a des clauses d'agrément.

121. Le louage des choses est le contrat par lequel une personne s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer[179]. Elle offre ainsi au propriétaire de substituer un revenu fixe à un revenu variable et au locataire de jouir des droits sociaux. Lorsqu'elle est assortie d'une promesse unilatérale de vente, la location devient un crédit-bail, c'est-à-dire une opération de location d'un bien meuble ou

[179] Article 1709 du Code civil

immeuble acheté en vue de cette location par un professionnel qui en demeure propriétaire et permettant au locataire la possibilité d'acquérir à terme le bien loué moyennant un prix convenu tenant compte des loyers versés[180].

122. Dans de nombreuses sociétés, il est de plus en plus courant de recourir à la location d'actions dans des montages permettant de transférer l'utilisation des titres sans en transférer la propriété. La location d'actions est d'ailleurs souvent mise en œuvre dans certains cas de transmission d'entreprise familiale. Ainsi, lorsqu'en présence de plusieurs enfants, dont un seul est disposé à reprendre l'affaire, la location des actions permet au repreneur de rémunérer ses cohéritiers qui, à terme, lui vendront les actions. Dans d'autres configurations, une société qui a besoin de liquidités peut conclure avec un établissement de crédit une opération de cession-bail également dénommée crédit *lease-back.* La société cède les actions de sa filiale à une banque qui les lui loue avec la promesse de les lui revendre au terme du contrat. De même, une société de capital-investissement peut louer les actions d'une société, avec affectation impérative des loyers dans un compte courant et la faculté, à terme, de lever l'option de vente dont elle bénéficie, de renouveler le contrat ou d'y mettre un terme. La location d'action offre ainsi au repreneur d'une affaire de se familiariser avec celle-ci et de ne se décider à lever l'option ou pas qu'à l'issue de la période probatoire si elle est concluante. Il convient d'observer que l'opération de location d'action se fondait essentiellement sur l'article 1713 du Code civil qui dispose qu' « *on peut louer toute espèce de biens meubles ou immeubles* ». Avec l'article L. 239-1 du Code de commerce, issue de la loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, il est désormais possible que les statuts des sociétés par actions[181] et des SARL soumises à l'impôt sur les sociétés puissent prévoir que les actions et les parts sociales émises, nominatives et non négociables sur un marché réglementé, soient données à bail au profit d'une personne physique. Une procédure d'agrément peut être prévue par les statuts de la société dont les actions ou parts font l'objet du contrat, peut être opposable au locataire éventuel. La procédure d'agrément fait reposer la possibilité de transférer la propriété des actions ou parts à la seule décision des actionnaires réunis en assemblée générale extraordinaire.

123. Le principe selon lequel une même personne ne peut être à la fois créancière et débitrice d'elle-même a longtemps été la cause de la prohibition du rachat par une société de ses propres actions. L'explication de cette prohibition tenait à l'idée qu'un tel procédé de rachat conduisait à rendre partiellement fictif le capital social de la société rachetant ses propres actions. Cependant, il est désormais posé comme principe général l'autorisation du rachat par une société de ses

[180] Article L. 313-7 du Code monétaire et financier
[181] SA, SAS, SCA

propres actions[182]. L'un des avantages de cette autorisation est que le rachat par une société de ses propres actions peut permettre aux actionnaires qui cèdent leurs titres de percevoir la valeur de ceux-ci à un prix supérieur au cours de bourse, tandis que ceux qui restent dans la société voient augmenter mécaniquement le bénéfice par actions[183]. Toutefois, ce principe d'autorisation de rachat par une société de ses propres actions n'est pas sans interdire la souscription par une société, directement ou par personne agissant en son propre nom, mais pour le compte de la société, de ses propres actions afin de préserver la réalité du capital social[184], ou d'avancer des fonds, d'accorder des prêts ou de consentir des sûretés en vue de la souscription ou de l'achat de ses propres actions par un tiers afin d'empêcher la société d'engager son propre actif pour des opérations liées à son capital[185]. La réglementation de la Communauté européenne invite les États membres à revoir leur législation pour permettre aux sociétés anonymes d'accorder une aide financière en vue de l'acquisition de leurs actions par un tiers, dans la limite de leurs réserves distribuables[186]. Dans le même ordre d'idée, il a été introduit, en France, la faculté pour toutes les sociétés par actions, cotées ou non, d'émettre des actions rachetables[187]. Ainsi, lorsque l'assemblée générale extraordinaire d'une société anonyme a décidé le principe d'une réduction de capital, non motivée par des pertes, elle peut autoriser le conseil d'administration ou le directoire à acheter un nombre déterminé d'action afin de les annuler[188]. Cette même assemblée des actionnaires, statuant aux conditions de quorum et de majorité nécessaires aux modifications des statuts[189], peut décider du rachat des actions de la société. Les commissaires aux comptes doivent, à cette occasion, présenter à l'assemblée un rapport spécial dans lequel ils font connaître leur appréciation sur les causes et les conditions de l'opération, notamment sur le respect du principe d'égalité entre les actionnaires[190].

124. Dans le même ordre d'idée, le conseil ou le directoire doit également établir un rapport sur les objectifs poursuivis à travers l'opération de rachat d'actions suivie d'une réduction de capital ainsi que sur les techniques sur la base desquelles ce rachat sera envisagé, notamment en termes de prix. Ce rapport est ensuite adressé aux actionnaires qui en feront demande et sera tenu à leur disposition au siège de la société au moins quinze jours avant l'assemblée. Cette dernière prendra

[182] Article L. 225-206, II du Code de commerce ; loi n°98-546 du 2 juillet 1998 portant diverses dispositions d'ordre économique et financière concernant le droit des sociétés
[183] On parle alors « d'effet de relution »
[184] Article L. 225-206 alinéa 1er du Code de commerce
[185] Article L 225-216 du Code de commerce
[186] Directive européenne 2006/68/CE du 6 septembre 2006
[187] Articles L. 228-12 et 228-20 du Code de commerce
[188] Article L. 225-207 du Code de commerce
[189] Article L. 225-96 du Code de commerce
[190] Article L. 225-204 du Code de commerce

alors une décision qui peut ne pas être définitive. En effet, lorsqu'il existe diverses catégories d'actions émises par la société, les porteurs de ces actions de préférence doivent être réunis dans une assemblée spéciale dès lors que la décision de réduction implique une modification de leurs droits particuliers[191]. La décision de l'assemblée générale extraordinaire de modifier les droits de cette catégorie d'actions ne devient définitive que lorsque les actionnaires de ces assemblées spéciales ont approuvé ladite modification. Par ailleurs, si la décision de rachat n'est pas motivée par une constatation de pertes, la décision de réduire le capital ouvre un droit d'opposition au bénéfice du représentant de la masse des obligataires ainsi que des créanciers dont la créance est antérieure à la date du dépôt au greffe du procès-verbal de délibération. Le juge pourra rejeter l'opposition ou ordonner, soit le remboursement des créances, soit la constitution de garanties si la société en offre et qu'elles sont jugées suffisantes. Les opérations de réduction ne pourront commencer pendant le délai d'opposition, ni avant qu'il ait été statué en première instance sur cette opposition. Dans le cas où le juge accueillerait l'opposition, la procédure de réduction devra être suspendue jusqu'au remboursement des créances ou la constitution des garanties. S'il la rejette, les opérations de réductions pourront commencer[192]. Si la décision de rachat a reçu l'assentiment de l'assemblée des actionnaires, l'offre de rachat doit pouvoir être faite à tous les actionnaires, ce en vue de respecter le principe d'égalité[193] tandis que lorsque les actions sont démembrées, l'offre doit être faite au nu-propriétaire[194]. Le principe d'une offre égale à tous les actionnaires doit cependant être relativisé. Lorsque la société qui décide de réduire son capital par voie de rachat d'une partie de ses propres actions a émis des actions prioritaires sans droit de vote, ces actions doivent être rachetées prioritairement aux autres[195].

En outre, le principe d'égalité ne trouve pas à s'appliquer lorsqu'une assemblée générale de la société souhaite effectuer une émission d'obligations convertibles en actions, une fusion ou une scission, permettre au conseil d'administration ou au directoire de procéder au rachat d'un petit nombre d'actions en vue de les annuler, ce dans la perspective de supprimer les difficultés liées à l'apparition de rompus. Toutefois, l'achat ne peut porter au cours d'un même exercice que sur un nombre d'actions représentant au plus 0,25% du montant du capital social. De plus, les commissaires aux comptes doivent donner leur avis sur les modalités et l'opportunité de l'achat d'actions envisagé.

---

[191] Article L. 225-99 du Code de commerce
[192] Article L. 225-205 du Code de commerce
[193] Articles R.225-153 et L. 225-204 alinéa 1 du Code de commerce
[194] Rép. Min. n°27406, *JOAN* Q, 18 juin 1990, p. 2936
[195] Article L. 228-35-9 du Code de commerce

125. L'assemblée générale d'une société dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé peut autoriser le conseil d'administration ou le directoire à acheter un certain nombre d'actions pendant une période de 18 mois[196]. Les mêmes dispositions peuvent être appliquées aux sociétés dont les actions ne sont pas sur un marché réglementé mais sur un système multilatéral de négociation se soumettant à toutes les dispositions réglementaires tendant à lutter contre la délinquance financière[197]. Mais, l'assemblée ne devra se prononcer qu'après qu'une note d'information établie par la société a été visée par l'AMF et rendue publique avant la tenue de l'assemblée. En prolongation de cette disposition, les personnes détenant seules ou de concert plus de 10% du capital de l'émetteur, ainsi que les dirigeants de celui-ci, doivent informer mensuellement l'AMF du nombre de titre qu'ils ont cédés à l'émetteur[198], ce dans un souci de transparence inhérent aux marchés réglementés. D'ailleurs, la crainte d'un risque de manipulation de cours par une société de son propre marché a conduit les autorités à restreindre les motivations légitimes à prétendre à un rachat de ses propres actions par une société[199]. Ainsi, le fait pour un émetteur d'intervenir sur ses propres actions pourrait être de nature à constituer une manipulation de marché et conduire à la condamnation de l'auteur de cette manipulation.

Toutefois, eu égard à l'importance des programmes de rachat d'actions, la Commission européenne les a strictement encadrés. Ainsi, bénéficie d'une présomption irréfragable d'action de légitimité, et ne peut donc être condamné, le programme de rachat ayant pour objectif soit de réduire le capital de la société, soit de lui permettre d'attribuer des actions aux porteurs de valeur mobilières composées donnant droit à un titre de capital, soit d'attribuer ces action à ses salariés ou à ceux des sociétés qui lui sont liées, notamment pour couvrir un plan d'options *(stocks options)*. En outre, les actions ainsi rachetées ne peuvent être, ultérieurement, affectées à un autre objectif que celui pour lequel le programme a bénéficié d'une présomption de légitimité ainsi qu'assurer une parfaite « traçabilité des flux ». Enfin, concernant les rachats dont la finalité ne bénéficie que d'une présomption simple de légitimité, l'AMF peut être amenée à prouver que ces opérations ont en réalité servi à couvrir des manipulations de marché. Relevons tout de même qu'il est permis aux sociétés cotées sur Alternext de procéder à des rachats de leurs titres dans le but unique de favoriser la liquidité de ceux-ci[200].

126. L'opération de *defeasance* s'analyse comme une délégation imparfaite au terme de laquelle, le délégant, l'entreprise qui la met en place, donne l'ordre à un tiers, le délégué, l'entité

[196] Article L. 225-209 du Code de commerce
[197] Article L. 225-209-1 du Code de commerce
[198] RG AMF, article 241-5
[199] Règlement européen n°2273/2003 du décembre 2003 pris en application de la Directive 20036/CE du 28 janvier 2003 dite « Directive Abus de Marché », entrée en vigueur le 13 octobre 2004
[200] Article L225-209-1 du Code de commerce

ad hoc, d'assurer le service d'une dette à l'égard des créanciers du délégant, les délégataires. Bien que la dette soit effectivement transmise, l'engagement initial de l'entreprise ne s'éteint pas par l'effet de la délégation. Celle-ci n'emporte pas novation[201], bien au contraire le créancier bénéficie alors de deux débiteurs au lieu d'un seul initialement. Parallèlement à la cession irrévocable de la dette, l'entité spéciale nouvellement créée reçoit de la société initiatrice un portefeuille de valeurs mobilières exempt de tout risque de non-recouvrement, destiné à assurer le service de la dette et le remboursement de l'emprunt.

127. Idéalement, l'opération de *defeasance* ne devrait être envisagée que par des sociétés en bonne situation financière présentant un endettement à long terme relativement lourd et des excédents de trésorerie peu utilisés. En effet, le portefeuille de valeurs mobilières étant constitué au moyen de la trésorerie de la société initiatrice de l'opération, la mise en œuvre d'une opération de *defeasance* alors que l'entreprise connaîtrait des difficultés financières peut engager la responsabilité des dirigeants pour faute de gestion et conduire à une procédure de comblement de passif[202]. Conçue à l'origine pour la gestion d'emprunts obligataires, l'opération de *defeasance* a largement été utilisée par les sociétés soucieuses d'améliorer leur situation bilantielle. En effet, pour la société qui transfère le service de la dette, la délégante, la *defeasance* se traduit au plan comptable par une extinction de la dette. Toutefois, certaines sociétés choisissent quelques fois de se servir de la *defeasance* comme une technique de cession de créances au terme de laquelle le créancier transfère à un cessionnaire sa créance contre son débiteur, moyennant le paiement d'un prix[203]. Ce procédé amène ainsi à se retrouver dans une hypothèse de titrisation mise en œuvre hors de son cadre légal[204].

128. Dans le contexte des offres publiques, la cession de contrôle est une décision qui revient d'abord aux actionnaires, et partant, à la direction de la société. La direction a d'ailleurs vocation à favoriser la rencontre entre l'offrant et les propriétaires de la firme. Les offres publiques sont des procédures permettant de faire connaître unilatéralement et publiquement, la proposition d'acquisition de tout ou partie des titres d'une société cotée. Les offres publiques ont connu des réformes tendant, de plus en plus, à renforcer la protection des actionnaires et de la société cible, tout en favorisant les opérations jugées bonnes pour l'économie[205]. Il convient d'indiquer, préalablement, que les offres publiques constituent un mode particulier de cession de contrôle

---

[201] Article 1275 et s., et 1277 du Code civil
[202] Article L. 651-2 du Code de commerce
[203] Article 1689 du Code civil
[204] Jean Marc Moulin, *le droit de l'ingénierie financière,* 3e édition Gualino, lextenso éditions, Paris 2009 p. 543 § 1209
[205] *Ibid.*

d'une société et permettent de réaliser une croissance externe afin d'atteindre une certaine taille et de produire des synergies opérationnelles visant une création de richesse grâce aux économies d'échelles ainsi réalisées. Les offres publiques peuvent s'analyser comme une offre de contracter, mais se caractérisent par un grand nombre de dérogations au droit commun[206].

129. Les offres telles que nous les connaissons actuellement, trouveraient leur origine dans la technique du ramassage. Celle-ci consiste à se porter acquéreur de tous les titres présentés à la vente, au fil de l'eau et au cours de la séance. Cette technique avait pour but ultime de se mettre dans une position favorable de négociation après avoir acquis un seuil d'actions dans la société cible. Le ramassage a été la principale technique de prise de contrôle des sociétés cotées. Une société se plaçait en position d'achat sur le marché et devenait propriétaire de tous les titres qui lui étaient présentés à la vente. Parvenue à un certain stade de détention du capital social et des droits de vote, elle cessait d'acheter les titres présentés à la vente et se présentait comme le nouveau contrôlaire de la société cible[207].

En fait, par ses achats successifs et systématiques, la société cessionnaire fait monter le cours de bourse et attire les actionnaires isolés, qui lui cèdent les titres en leur possession à des prix différents. Une fois que le cessionnaire a atteint le seuil de contrôle qu'il s'était fixé, il cesse brusquement ses achats, une chute de cours s'en suit et les actionnaires qui n'ont pas vendu à temps voient leurs titres ne plus intéresser personne et perdre leur liquidité. Aussi, la technique du ramassage est-elle tombée sous le coup de la suspicion. Les autorités ont voulu, à travers certaines mesures, poser l'*égalité* et la *loyauté* comme les fondements sur lesquels doivent se construire toute prise de contrôle.

130. De nombreuses mesures tendant à bannir le caractère occulte des cessions de contrôle ont ainsi été adoptées, notamment avec la mise en place d'une obligation de déclaration de franchissement de seuil et du dépôt obligatoire d'une offre[208]. Le non-respect de l'obligation de déclaration ainsi posée, expose à un retrait du droit de vote correspondant à la part des titres excédentaires non-déclarés, jusqu'à régularisation de l'obligation, sans dépasser le délai de deux ans et à une amende[209]. En outre, le bureau de l'assemblée générale des actionnaires peut décider de suspendre l'exercice des droits de vote en cas de défaut de déclaration de franchissement de seuil[210]. Par ailleurs, la loi du 2 août 1989 a introduit la notion d'action de concert[211]. Cette notion

[206] *Ibid.*
[207] *Ibid.*
[208] Articles L. 233-7 du Code de commerce et L. 433-3 du Code monétaire et financier
[209] Articles L. 247-2 et L. 233-14 du Code de commerce
[210] T. com. Nanterre, 6 mai 2008 : *D. 2008,* p. 2411, note F. Martin Laprade

vise à prendre en considération les liens unissant certaines personnes afin de les soumettre aux obligations de déclaration. Il s'agit de traiter comme une même personne les individus ou entités qui se seraient liés par des accords révélant des intérêts communs dans leur comportement. Ces personnes sont réputées n'en former qu'une seule au regard des obligations relatives à la déclaration des franchissements de seuils, de déclaration d'intention ainsi qu'en matière d'offres publiques. Il a, d'ailleurs, été jugé que la notion de concert ne résulte pas nécessairement d'un écrit, ni ne revêt un caractère contraignant, mais se déduit des comportements des parties en cause[212].

131. La Directive OPA du 21 avril 2004 recommandait[213] de rendre inopérantes toutes restrictions et droits spécifiques qui peuvent troubler le transfert des titres et l'exercice des droits de vote qui y sont attachés. Depuis, il n'est plus possible d'opposer à l'auteur d'une offre des clauses statutaires restreignant le transfert des actions de la société qui lui sont apportées[214]. De même, ne peuvent être plafonnés les droits de vote des actionnaires lors de la première assemblée générale suivant la clôture de l'offre dès lors que son auteur obtient au moins les deux tiers des titres de capital ou de droits de vote[215]. Toutefois, l'article 12 de la Directive OPA du 21 avril 2004 permet à la société cible, au titre du principe de réciprocité, de faire fi des interdictions visant à neutraliser ses mécanismes anti-OPA, dès lors que la société initiatrice n'est pas elle-même respectueuse de ces interdictions. Ce principe de réciprocité a vocation à établir un rapport d'égalité entre les parties à l'offre.

132. Les *offres publiques* sont des propositions publiques permettant à une personne de faire, unilatéralement, connaître qu'elle se propose d'acheter, de vendre ou d'échanger des titres admis à la négociation sur un marché réglementé. Une offre publique est ainsi un engagement unilatéral présentant une impossibilité de se rétracter. L'offre peut être constitutive d'une obligation de contracter dérogeant au régime de l'article 1134 du Code civil[216]. Les offres publiques peuvent être identifiées à l'aune de la procédure, qui est dite normale ou simplifiée, suivant laquelle elles doivent être formulées. On peut ainsi distinguer les offres de maintien de cours, introduites en

---

[211] Articles L. 233-10 du Code de commerce introduit par la loi n°2006-387 du 31 mars 2006 transposant la Directive OPA du 24 avril 2004 et 233-10-1 du Code de commerce introduit par la loi du 31 mars 2006

[212] CA Paris, 2 avril 2008 : *Banque et droit, mai/juin* 2008, p. 27 obs. H. de Vauplane et J.-J. Daigre ; CA Paris, 24 juin 2008, *aff. Gecina SA, Bull. Joly 2008,* p. 389, note B. Zabala

[213] Article 11

[214] Article L. 233-34 du Code de commerce

[215] Article L. 225-125, alinéa 2 du Code de commerce et RG AMF, article 231-43

[216] Jean Marc Moulin, *le droit de l'ingénierie financière,* 3e édition Gualino, lextenso éditions, Paris 2009

1973 puis devenue plus tard *offre de garantie de cours.* Celle-ci est, en fait, une procédure autonome se juxtaposant aux procédures normales[217] et simplifiées[218] des offres publiques[219].

Une personne morale ou physique agissant seule ou de concert, peut avoir acquis ou simplement avoir pour projet d'acquérir un bloc de titres, en plus de ceux qu'elle détient déjà, sur ou en dehors du marché. Cette nouvelle acquisition peut conférer à l'acquéreur la majorité du capital ou des droits de vote d'une société cotée et rendre illiquides les actions détenues par des actionnaires minoritaires restés dans la société. Aussi, la procédure de garantie de cours a-t-elle vocation à permettre aux minoritaires de sortir de la société dans les mêmes conditions que les cédants du bloc de contrôle. Concrètement, l'acquéreur s'engage à acheter tous les titres qui lui sont présentés pendant une durée de dix jours de bourse minimum, toute offre concurrente ou surenchère n'étant pas possible.

133. En 1989, les *offres publiques obligatoires* (OPO) et les *offres publiques de retrait* ont été instituées. La première catégorie d'offre est mise en œuvre lorsque le contrôle d'une société cotée est pris ou qu'il est sur le point d'être pris. Les OPO permettent aux Autorités de marché de prévenir les prises de contrôle rampantes et de garantir les droits des actionnaires minoritaires. Le fait est que l'acquéreur du bloc de contrôle peut avoir franchi le seuil du tiers des titres de capital ou des droits de vote de la société cible, ou il peut simplement avoir franchi un certain seuil de célérité d'acquisition. Dans les deux cas, le contrôle de la société est, soit pris, soit sur le point d'être pris. L'équilibre des participations s'en trouve bouleversé de telle sorte que les bases du contrat d'investissement, sur lesquelles les investisseurs, surtout minoritaires, sont entrés dans le capital de la société, ne sont plus les mêmes.

134. Les OPO peuvent représenter un coût important pour l'acquéreur du bloc de contrôle. Aussi, appartient-il à l'AMF de prévoir des dérogations lorsque le contrôle n'est pas en jeu et que la situation des minoritaires n'est pas menacée ou est garantie par le moyen d'autres recours[220]. S'il est établi que l'équilibre initial des participations respectives n'est pas modifié de façon significative par rapport à la situation constatée lors de la déclaration initiale, l'Autorité de marché peut décider du *non-lieu* à un dépôt[221].

---

[217] La procédure normale constitue le cas général et est mis en œuvre lorsque l'initiateur de l'offre détient moins de la moitié du capital u des droits de vote de la cible (RG AMF, art. 233-1

[218] La procédure simplifiée recouvre des cas particuliers d'offres correspondant à des hypothèses où l'initiateur détient déjà le contrôle ou ne souhaite pas le détenir (RG AMF, art. 233-1)

[219] RG AMF, art. 235-1 et suite

[220] Article L. 433-3, I du Code de commerce

[221] CA Paris, 13 septembre 2005 : *RD bancaire et fin.* 2005 act. 191, note A. Couret

135. Les *offres publiques de retrait*[222](OPR) ont été mises en place par la COB à compter de 1970. Elles ont été consacrées par la loi du 2 août 1989 relative à la sécurité et la transparence du marché financier. L'OPR est une procédure souvent utilisée dans les opérations de retrait de cote. Elle offre une alternative aux actionnaires minoritaires d'une société déjà contrôlée. L'OPR est, d'une part, la faculté laissée aux actionnaires minoritaires de céder leurs actions, leurs droits de vote et leurs certificats. Et d'autre part, l'obligation faite aux contrôlaires d'acheter les titres des actionnaires minoritaires. Ceux-ci peuvent ainsi demander à l'AMF de requérir que les actionnaires majoritaires déposent une telle offre en raison de la perte de liquidité de leurs titres[223]. De même, les majoritaires peuvent déposer un projet auprès de l'AMF visant l'acquisition des titres des actionnaires minoritaires, afin de ne plus supporter le coût de la présence des minoritaires et de retirer la société de la cote[224]. Mais, cette OPR n'est possible que si les actionnaires majoritaires détiennent ensemble plus de 95% des droits de vote de la société. En outre, la transformation d'une société anonyme en une société en commandite par actions peut être l'entame d'une procédure d'OPR[225]. Aussi, le dépôt de l'offre par les contrôlaires de la société à transformer ou les commandités de la future entité doit intervenir dès l'adoption par l'assemblée générale de la résolution tendant à la transformation de la société. Une OPR peut également être mise en place lorsqu'une personne physique ou morale contrôlant la société informe à l'AMF de la survenance, soit d'une proposition de soumettre à l'approbation de l'assemblée une modification significative des statuts. Soit, lorsqu'elle décide du principe d'une fusion de la société avec une autre, de la cession ou de l'apport à une autre société de la totalité ou du principal des actifs, de la réorientation de l'activité sociale ou de la suppression pendant plusieurs exercices de toute rémunération des titres de capital[226].

136. Le but poursuivi par l'OPR est de permettre à l'actionnaire dont le titre a perdu de sa liquidité sur un marché rendu étroit par le poids relatif des majoritaires, de sortir de la société dans des conditions normales de cours et de délai, sans pour autant que la procédure d'OPR soit rendue obligatoire[227]. Généralement, l'OPR est réalisée par achats sur le marché au prix de l'offre pendant une période de dix jours de bourse au moins. Elle peut aussi se présenter sous la forme d'une OPE[228], à cette fin, la société émettant les titres rémunérant l'offre peut poursuivre un

---

[222] Article L. 433-4, I du Code monétaire et financier
[223] RG AMF, art. 236-1
[224] RG AMF, art. 236-3
[225] RG AMF, art. 236-5
[226]Jean Marc Moulin, *le droit de l'ingénierie financière,* 3e édition Gualino, lextenso éditions, Paris 2009
[227] Cass. Com. 29 avril 1997 : *Bull. Joly Bourse 1997,* p. 391, note L. Faugérolas ; CA Paris 16 septembre 2003 : *JCP* E 2003, p. 1966, note A. Viandier
[228] RG AMF, art. 236-7

programme de rachat de ses propres actions. L'AMF tient donc compte de la situation de l'actionnaire par rapport à l'état du marché et de son comportement[229].

137. Les fusions et les scissions de société sont des opérations de restructuration du cadre juridique de l'entreprise. Plusieurs directives communautaires encadrent d'ailleurs les conditions de leur mise en œuvre[230]. Ces directives ont été commandées par le besoin de protéger les associés des sociétés concernées ainsi que leurs créanciers sociaux, en faisant en sorte que ceux-ci soient parfaitement informés et que leurs droits soient garantis[231].

138. La fusion consiste en la transmission par une ou plusieurs sociétés de leur patrimoine à une société existante ou à une société nouvelle qu'elles constituent[232]. La fusion emporte la dissolution sans liquidation de la société absorbée et la transmission universelle de son patrimoine à la société nouvelle (fusion-création) ou absorbante (fusion-absorption) qui augmente corrélativement son capital social. La fusion se distingue des prises de participation et des cessions de contrôle. Ces opérations ne concernent que les titres sociaux et sont sans effet sur la personnalité morale de la société. Elle se distingue également de l'apport partiel d'actifs. Ce dernier n'est en fait qu'une vente rémunérée par un échange de droits sociaux et ne constitue pas une cause de dissolution de la société, même lorsque cet apport partiel est placé sous le régime de la scission emportant un transfert universel de la branche d'activité apportée. La fusion se distingue également de la cession isolée d'actifs même lorsque cette cession est accompagnée d'un paiement du passif lié à l'ensemble, étant entendu que cette cession est sans incidence sur la personnalité morale de la société cédante. En elle-même, l'opération de fusion correspond à une opération où « *une ou plusieurs sociétés absorbées transmettent, par suite et au moment de leur dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur patrimoine à une autre société préexistante ou constituée pour l'occasion, l'absorbante, moyennant l'attribution à leurs associés des titres de la société absorbante et, éventuellement, une soulte ne dépassant pas 10% de la valeur nominale de ces titres »*[233].

139. Les sociétés procédant à une fusion sont préalablement soumises à une évaluation visant, *in fine*, à élaborer une parité d'échange. L'évaluation doit être suivie par les commissaires à la fusion qui, à cette occasion, engagent leur responsabilité[234]. Les commissaires, désignés par

---

[229] Jean Marc Moulin, *le droit de l'ingénierie financière,* 3e édition Gualino, lextenso éditions, Paris 2009

[230] Directives n°78/855/CEE du Conseil adoptée le 9 octobre 1978 relative aux fusions et n°82/891/CEE du Conseil adoptée le 17 décembre 1982 relative aux scissions

[231] Jean Marc Moulin, *le droit de l'ingénierie financière,* 3e édition Gualino, lextenso éditions, Paris 2009

[232] Article L. 236-1 du Code de commerce

[233] CGI, art. 210-0 A

[234] Article L. 236-10 du Code de commerce

décision de justice, doivent vérifier que les valeurs relatives attribuées aux actions des sociétés participant à l'opération sont pertinentes et que le rapport d'échange est équitable, sous peine de nullité du traité de fusion[235]. L'opération de fusion donne lieu à la rédaction, préalable, d'un projet de fusion par les organes d'administration des sociétés. Parallèlement à cette rédaction, les comités d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel doivent être consultés, puisque la fusion emporte une modification économique ou juridique des entreprises. L'avis de ces représentants du personnel, qui est communiqué à l'assemblée des actionnaires, reste consultatif, mais il peut être constitutif du délit d'entrave si ces représentants venaient à ne pas être consultés. Le projet de fusion donne également lieu à la nomination, par le président du tribunal de commerce du lieu du siège de chaque société statuant sur requête de chaque société participante ou sur requête conjointe, d'un commissaire à la fusion, qui ne peut être le commissaire aux comptes de l'une des sociétés parties à la fusion. Le commissaire à la fusion va établir un rapport se prononçant sur les méthodes d'évaluations suivies pour la détermination d'un rapport d'échange équitable et sur la valeur des apports en nature et des avantages particuliers[236]. Le commissaire à la fusion vérifie[237] que les valeurs relatives attribuées aux actions des sociétés sont pertinentes et que la parité d'échange est équitable[238]. Cette désignation d'un commissaire à la fusion, quoique facultative[239], a néanmoins vocation à protéger les intérêts des actionnaires. En outre, les opérations de fusion et de scission peuvent faire l'objet de contrôles de la part tant des autorités de la concurrence[240] que des autorités de régulation propres à certains secteurs ou même du Trésor public, lorsque l'opération place la société sous le contrôle de capitaux étrangers.

140. Lorsque les sociétés parties à l'opération de fusion ont leurs titres admis à la négociation sur un marché réglementé, la fusion déclenche la commission d'un expert indépendant chargé de donner un avis sur le caractère équitable de l'opération du point de vue des minoritaires de la société absorbée. Le passage du stade de projet à celui d'une réalisation effective de la fusion implique la réunion en assemblées des associés des sociétés concernées en vue d'approuver l'opération, notamment lorsqu'elle est susceptible d'entraîner une modification des statuts[241]. Quelle que soit la forme sociale de la société, une majorité renforcée et un quorum élevé sont indispensables[242]. Exceptionnellement, le projet peut nécessiter une approbation à l'unanimité

[235] CA Paris, 19 février 1999 : *Bull. Joly Société 1999,* p. 674, note X Grosclaude
[236] Article L. 236-10 du Code de commerce
[237] CA Paris, 19 février 1999 : *Bull. Joly Sociétés* 1999, p. 674, note X. Grosclaude
[238] Article L. 236-7 du Code de commerce
[239] Article L. 236-10 du Code de commerce
[240] Conseil de la concurrence, ministre de l'Economie, Commission des communautés européennes
[241] Article L. 236-2, alinéa 2 et L. 227-9
[242] Articles L. 223-30 et L. 225-96 du Code de commerce

lorsque l'opération en cause a pour effet d'augmenter les engagements des associés[243]. Si la société absorbée a émis des actions de préférence, il convient de soumettre l'opération à l'approbation de l'assemblée spéciale des porteurs de ces actions lorsque le projet de fusion ne prévoit pas l'échange des actions de préférence contre des actions de la société absorbante comportant des droits particuliers équivalents ou selon une parité d'échange spécifique tenant compte des droits particuliers abandonnés[244]. Quant à la société absorbante, elle doit faire approuver le projet de fusion par l'assemblée spéciale des actionnaires titulaires d'actions de préférence dès lors que cette opération est susceptible de modifier leurs droits[245].

141. L'échange de titres peut également être rendu complexe par l'existence de liens capitalistiques préalables entre les sociétés participant à l'opération de fusion. La société absorbée peut détenir des participations dans l'absorbante, comme cette dernière peut détenir une participation dans l'absorbée. Des participations réciproques sont donc possibles. Lorsque la société absorbante détient une participation dans le capital de la société absorbée, ne rien faire équivaudrait à ce que l'absorbante reçoive ses propres titres en échange à hauteur de sa participation dans le capital de l'absorbée. Or, l'article L. 236-3, II du Code de commerce interdit dans ce cas l'échange afin d'éviter l'auto-détention de ses titres par la société bénéficiaire ce qui conduirait à des situations de fictivité du capital. La société absorbante peut procéder à une fusion-renonciation au terme de laquelle elle limitera l'augmentation de capital subséquente à la fusion au nombre de titres nécessaires à la rémunération des associés de l'absorbée autre qu'elle-même. Elle pourrait aussi retenir la procédure de la fusion allotissement qui conduit l'absorbante à se retirer préalablement du capital de la future absorbée au terme d'une procédure de partage partiel du patrimoine, sa participation disparaît avant l'opération. Mais, cette solution n'est pas préconisée en pratique pour des raisons fiscales.

142. Lorsque la société absorbée détient une participation dans l'absorbante, ne rien faire conduit cette dernière à recevoir, lors de la transmission universelle du patrimoine de l'absorbée, un certain nombre de ses titres représentatifs de son propre capital. La société absorbante peut accepter de recevoir cette participation avant de procéder à son annulation, sauf si l'absorbante est une société par actions auquel cas elle pourra décider de les conserver dès lors qu'elle ne détient pas plus de 10% de son capital[246]. Au-delà, elle tombe dans le champ de l'interdiction générale applicable à toutes les autres sociétés. Toutefois, la société absorbante bénéficie d'un

[243] Article 1836 du Code civil et L. 236-5 du Code de commerce
[244] Article L. 228-17 du Code de commerce
[245] Article L. 225-99 alinéa 2 du Code de commerce
[246] Article L. 225-213 du Code de commerce

délai de 2 ans pour se séparer de ces actions excédentaires sous peine qu'elles soient annulées. Pour éviter cet écueil, il convient, avant la fusion, de répartir, en les vendant, les actions détenues dans la société bénéficiaire, ou en même temps que la fusion, de les apporter puis de les annuler au moyen d'une réduction de capital. Il est possible de prévoir que l'absorbée se séparera de cette participation avant l'opération de fusion.

143. La présentation du projet de fusion peut donner lieu à l'opposition des autres parties prenantes de la société cible, notamment de l'opposition des autres créanciers de la société cible. Les autres créanciers sociaux ont le droit de former opposition à l'opération de fusion dans un délai de 30 jours suivant la publication du projet de fusion[247]. De même, l'article 1844-5 du Code civil dispose que les créanciers ont également le droit de faire opposition dans un délai de 30 jours suivant la publication de la dissolution-confusion. En outre, les obligataires de la société absorbante peuvent donner mandat au représentant de la masse pour former opposition dans les mêmes conditions que les créanciers non obligataires. Le président du tribunal de commerce saisi sur de tels motifs ordonnera, soit le remboursement anticipé de l'emprunt, soit la constitution de garanties suffisantes, soit le rejet de l'opposition[248].
Ainsi posée, aucune distinction n'est faite sur la catégorie des créanciers pouvant faire opposition au projet de fusion. A ce propos, la jurisprudence exige que les créanciers souhaitant faire opposition soient détenteurs d'une créance certaine, liquide, exigible et qu'ils soient titulaires d'une créance de somme d'argent, excluant d'emblée les obligations de faire et de donner. Partant, le juge du tribunal de commerce saisi d'une opposition aura le choix entre rejeter la demande d'opposition s'il estime que l'opération ne menace pas les intérêts des créanciers, et accepter la demande dans le cas inverse en intimant à la société de rembourser les créanciers ou de constituer des garanties suffisantes. L'opposition ne peut donc pas faire échec à l'opération de fusion[249].

144. La scission est l'opération par laquelle une société transmet l'intégralité de son patrimoine à plusieurs sociétés existantes ou nouvellement créées[250]. Elle se caractérise par la dissolution sans liquidation de la société scindée, la transmission universelle de son patrimoine à une autre société qui augmente en conséquence son capital social et l'attribution de droits sociaux émis par les sociétés bénéficiaires des apports aux associés de la société scindée. Lors de la scission, les créanciers n'ont pas de droit d'opposition. Mais, ils bénéficient d'une solidarité des sociétés

[247] Article L. 236-14 du Code de commerce
[248] Article L. 236-15 du Code de commerce
[249] Jean Marc Moulin, *le droit de l'ingénierie financière,* 3e édition Gualino, lextenso éditions, Paris 2009
[250] Article L. 236-1 du Code de commerce

bénéficiaires de la scission[251], même si les sociétés bénéficiaires de la scission peuvent toujours opter pour une répartition des charges entre elles sans solidarité, mais ouvrant un droit d'opposition aux créanciers[252].

145. La décision de scinder appartient exclusivement à l'assemblée générale extraordinaire compétente pour modifier les statuts, aux conditions de quorum et de majorité renforcée prévues pour ces assemblées[253], mais l'unanimité peut être requise au cas où la scission aurait pour effet d'augmenter les engagements des associés ou des actionnaires de la société scindée[254]. Lorsque la société bénéficiaire de la scission préexiste à celle-ci, l'opération de scission s'analyse en une augmentation de capital sur laquelle doivent se prononcer les associés selon les formes requises pour chaque type de société, après appropriation des rapports du commissaire à la fusion et éventuellement de celui du commissaire aux apports[255]. Lorsque, par contre, la société bénéficiaire de la scission est constituée à l'occasion de la réalisation de la scission, les règles de constitution propres à chaque type de société devraient prévaloir. Enfin, les assemblées compétentes s'étant prononcées sur la scission, le projet doit faire l'objet d'une publicité comparable à celle prévue qui a lieu en matière de fusion, en plus d'une déclaration de conformité, à peine de nullité. La scission emporte des effets proches de ceux de la fusion, sur les créanciers et les associés. Cependant, les sociétés bénéficiaires des apports sont normalement débitrices solidaires des créanciers autres qu'obligataires de la société scindée. Les sociétés bénéficiaires de la scission gardent la faculté de renoncer à cette solidarité et de n'être tenues que de la partie du passif qui leurs échoie en raison de la transmission universelle. Ce qui entraîne que les créanciers continuent de disposer de la possibilité de former opposition à l'opération, produisant des effets identiques à l'opposition faite en matière de fusion[256]. La protection des créanciers obligataires reste donc assurée dans les mêmes termes qu'en matière de fusion[257].

146. L'apport partiel d'actif est une opération de mobilisation d'une partie de ses actifs par une société. En contrepartie de cette mobilisation, la société reçoit des droits sociaux et peut adopter le statut d'une société holding ou société-mère. Concrètement, une société apporte à une autre société, nouvelle ou préexistante, une partie de ses éléments d'actifs et reçoit, en contrepartie, des droits sociaux de la société bénéficiaire. Dans l'apport partiel d'actifs, la société qui réalise

[251] Article L. 236-20 du Code de commerce
[252] Article L. 236-21 du Code de commerce
[253] Article L. 236-2 du Code de commerce
[254] Par exemple, les associés de la SARL scindée reçoivent des parts d'une SNC dans laquelle la responsabilité est limitée

[256] Article L. 236-21 du Code de commerce
[257] Article L. 236-19 et L. 236-20 du Code de commerce

l'apport ne disparaît pas et les titres émis en contrepartie de l'apport sont remis à la société qui effectue l'apport, plutôt qu'à ses associés ; contrairement aux opérations de fusion ou de scission[258]. Le régime de droit commun de l'apport d'actif, impose la tenue d'une assemblée dans la seule société bénéficiaire de l'apport, qui doit décider l'augmentation de capital par apport en nature[259]. Lorsque l'apport partiel d'actifs est réalisé entre deux SA, deux SCA, deux SARL ou deux SAS, il peut suivre le régime des fusions ou des scissions dès lors que l'apport concerne une branche complète d'activité[260].

147. La transmission des éléments d'actif et de passif se fait à titre universel, dès lors que cette option est exercée[261]. Cette transmission à titre universel opère de plein droit même pour les créances non visées au traité d'apport mais qui se rattachent à la branche transférée[262], bien que le contrat d'apport puisse excepter certaines créances et dettes de la transmission[263]. Dès lors, les formalités prévues à l'article 1690 du Code civil pour rendre opposable le transfert d'actif peuvent ne pas être respectées[264], ni même les formalités de publicité en matière de vente de fonds de commerce[265] ni même celles relatives à la cession du bail commercial[266]. Toutefois, le traité d'apport partiel peut écarter une dette afférente à la branche d'activité sous réserve de la fraude aux droits d'un créancier, qui conserve par ailleurs son droit d'opposition à l'opération[267]. Enfin, la décision de procéder à un apport partiel appartient, après que les sociétés ont rédigé un contrat d'apport, aux assemblées générales extraordinaires des sociétés concernées, les assemblées obligataires devant tout de même être consultées, au même titre que le comité d'entreprise. Concernant les actionnaires porteurs d'actions de préférence et de valeurs mobilières composées, les règles appliquées en matière de fusion restent valables. Dans le cas où les sociétés bénéficiaires de l'apport partiel d'actifs refuseraient de se mettre au régime de la solidarité débitrice, ce refus entraîne corrélativement un droit d'opposition aux créanciers non obligataires[268].

148. La caractérisation commerciale de la circulation des obligations monétaires trouve sa justification dans le fait que la circulation de la monnaie sous la forme de titres financiers

---

[259] Article L. 225-147, alinéa 6 du Code de commerce
[260] Articles L. 236-22 et 236-24 du Code de commerce
[261] Cass. Com., 16 février 1988 : *RTD com. 1988, p. 639, obs.* Y. Reinhard
[262] Cass. Com., 12 décembre 2006 : *Dr. Sociétés* 2007, n°50, obs. H. Hovasse

[264] *Ibid.*
[265] Article L. 141-21 du Code de commerce
[266] Article L. 145-16 du Code de commerce
[267] Article L. 236-14 du Code de commerce
[268] Cass. Com., 12 décembre 2006 : *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 492, note J.-Cl. Hallouin

intéresse d'abord l'activité de sociétés commerciales. Les avantages liés à la détention de valeurs mobilières donnent lieu, dans la recherche de financements des sociétés, à l'invention de techniques et de montages portant sur la répartition des droits et des pouvoirs à l'endroit de l'ensemble des parties prenantes des sociétés. Lors des droits et des parts sociales, qui créent les obligations monétaires ou non, les autorités s'assurent du respect des droits et des intérêts des investisseurs et de leur épargne. Les obligations circulent ainsi par le biais des valeurs mobilières et des opérations sur celles-ci, naissant à l'occasion des activités de financement des entreprises. Les obligations, au sein des sociétés cherchant des financements, sont traduites par les transferts des titres sociaux ou des créances d'un patrimoine social à un autre.

II. Les mécanismes de transfert des titres sociaux et des créances

Le transfert des titres sociaux et des créances se fait par la circulation des éléments du passif matérialisé par le transfert des valeurs mobilières (1), alors que la circulation des éléments de l'actif est le fait du transfert des créances (2).

1. La circulation des éléments du passif : le transfert des valeurs mobilières

149. Les subrogations personnelles ont inspiré l'imagination des ingénieurs financiers qui en ont fait la base de certains de leurs montages. La subrogation personnelle est le transfert de créance du créancier originaire au créancier subrogé avec tous ses accessoires et ses sûretés. Ce transfert s'effectue toujours à l'occasion d'un paiement et n'est pas soumis aux mêmes formalités que la cession de créances. Les subrogations personnelles sont à la base d'opérations telles que les conventions de portage, les transferts temporaires de titres, les fiducies ou les comptes-courants d'associés. Ces opérations caractérisent elles-mêmes les modes de circulation des valeurs mobilières.

150. Certaines prises de participation se veulent discrètes. Aussi, quelques fois, donnent-elles lieu à des conventions de portage. Celles-ci sont des conventions au terme desquelles une personne, dénommée porteur, accepte à la demande et pour le compte d'un donneur d'ordre, associé ou tiers à la société, de se rendre associé d'une société par voie d'acquisition ou de souscription d'actions ou de parts sociales. L'engagement pris est qu'au terme d'un certain délai, les droits sociaux sont transférés à une tierce personne pour un prix déterminé. Le service rendu par le porteur au donneur d'ordre est le principal intérêt de cette convention[269].

La discrétion et le service rendu ne sont pourtant pas les seuls attraits de la convention de portage. En effet, le portage peut servir de sûreté dans le cadre des relations qu'une banque entretient avec

[269] TGI Lille, 2 octobre 1986 : *Rev. sociétés* 1987, p. 600

ses clients. L'établissement de crédit reçoit la propriété des titres avec engagement de les rétrocéder à terme lorsque l'emprunt ayant servi à acquérir ces mêmes titres ou tout autre actif a été intégralement remboursé. De même, une société sur le point de faire l'objet d'une opération ultérieure mais qui ne peut être réalisée immédiatement faute de moyens financiers, va faire réaliser l'opération par une autre personne qui rend dès lors service à la société. Enfin, un actionnaire ne disposant pas de liquidités nécessaires pour réaliser une opération peut demander à un intermédiaire de lui porter momentanément sa participation afin de réaliser l'opération voulu avant de lui racheter celle-ci. Il convient de noter que malgré la diversité des opérations couvertes par les conventions de portage et bien que leur utilité soit avérée, la validité juridique de ces conventions n'est pas sans susciter un certain nombre d'interrogations. La doctrine demeure divisée quant à l'unicité de la nature juridique des variétés de possibilités économiques et financières qu'offrent les conventions de portage. Aucun contrat nommé ne semble répondre parfaitement aux multiples facettes du portage.

151. Les conventions de portage ont vocation à s'insérer dans l'ordre sociétaire et il n'est pas exclu que certaines de leurs dispositions viennent à heurter l'ordre public qui l'accompagne. Dès lors, les conventions de portage ne sont admissibles que dans la mesure où elles ne contreviennent pas à l'ordre public sociétaire, notamment en matière de rémunération du porteur. En effet, il est souvent prévu que le prix payé au porteur soit sans préjudice du versement d'un intérêt pour le service rendu, fixé à un minimum qui lui est garanti. Le porteur a ainsi la certitude que les titres qu'ils portent lui seront payés au prix auquel il les a achetés ou souscrits. Or, une telle stipulation n'est pas sans susciter des préoccupations quant à une éventuelle contravention à la prohibition des pactes léonins[270]. En vertu de cette prohibition, un associé ne peut être exonéré de toute contribution aux pertes sociales. En effet, quelle que soit l'évolution de la situation réelle de la société pendant le temps du portage, le porteur n'aurait pas à supporter d'éventuelles pertes sociales qui devraient en principe se refléter dans la valeur des droits sociaux puisque le prix de rachat initialement convenu ne tiendra pas compte de cette dépréciation des droits sociaux.

152. La jurisprudence admet qu'un tiers à la société puisse garantir un associé contre les pertes sociales. La prohibition des pactes léonins n'intéressant que les rapports des associés entre eux, la convention de portage peut donc être valable. D'ailleurs, la chambre commerciale de la Cour de cassation a validé ces conventions au regard de la prohibition des pactes léonins. Elle estime, en effet, que les promesses d'achat et vente ne sont que l'expression d'une convention de cession d'actions moyennant un prix librement débattu entre les parties. Elles sont sans incidence sur la

[270] Article 1844-1 du Code civil

participation aux bénéfices et aux pertes dans les rapports sociaux[271]. Mais, sur ce sujet, la Cour de cassation a pu décider que *« l'échange d'une promesse unilatérale d'achat et d'une promesse unilatérale de vente réalise une promesse synallagmatique de vente définitive dès lors que les deux promesses ont le même objet et qu'elles sont stipulées dans les mêmes termes »*[272].

153. La technique de portage n'est pas sans faire écho aux transferts temporaires de valeurs mobilières. En fait, les titres souscrits peuvent être cédés, mais il n'est pas exclu que celui qui les cède veuille pouvoir récupérer les mêmes titres à terme, suivant certains délais ou certains événements. Il faut dire que le transfert temporaire de titres emporte celui de la propriété de ces titres. Mais, cette situation n'a pas vocation à demeurer *ad vitam æternam.* Les titres doivent, à terme, retourner dans le patrimoine du cédant originel, à défaut d'être transmis à un tiers. Les transferts temporaires de titres peuvent se faire dans la perspective d'un accroissement de la rentabilité. Il est des intervenants sur les marchés financiers qui disposent d'un stock important de titres pour lesquels ils n'ont pas d'utilisation particulière à court terme. Ces intervenants peuvent chercher à mobiliser ces titres afin d'en accroître le rendement. Pour ce faire, ces intervenants peuvent emprunter des espèces, dont le remboursement sera garanti par les titres transmis de manière temporaire auprès de banques. Grâce à cette garantie, les taux d'intérêts pratiqués vont être inférieurs à ceux habituellement appliqués sur le marché du prêt d'espèces. Les liquidités provenant de l'emprunt serviront ensuite à d'autres investissements plus rentables, ce d'autant plus que les emprunts ainsi réalisés peuvent se faire auprès de personnes morales autre que des banques.

154. Certaines sociétés sont exonérées d'impôts parce qu'elles sont chroniquement déficitaires ou parce qu'elles bénéficient d'un régime fiscal de faveur, à l'exemple des caisses de retraite ou des OPCVM. A raison des titres qu'elles ont en portefeuille, ces sociétés peuvent bénéficier d'un crédit d'impôt qu'elles ne pourront imputer sur aucune masse imposable. Ce crédit d'impôt étant attaché à la propriété des titres au jour du détachement du coupon, il est apparu pertinent de transférer temporairement la propriété de ces titres pour qu'au jour du détachement ceux-ci soient entre les mains de sociétés qui auront une masse imposable sur lequel pourra être imputé le crédit d'impôt attaché aux titres. Mais, il convient d'indiquer que ces opérations sont désormais exclues du champ de transfert temporaire de titres[273].

---

[271] Cass. Com. 24 mai 1994 : *Bull. Joly Sociétés 1994, p. 797,* note P. Le Cannu

[272] Cass. Com. 22 novembre 2005 : *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 377, note A. Couret ; CA Paris, 2 mai 2003 : *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 945, note J.-J Daigre

[273] Article L. 211-22 et L. 211-28 du Code monétaire et financier

155. Certains opérateurs cherchent à tirer profit des différences de prix ou de cours anormales entre des actifs financiers cotés sur plusieurs places à la fois. Ainsi, les transferts temporaires de titres ont une place de plus en plus importante dans les opérations d'arbitrages. Par exemple, dans les offres publiques d'échange, l'initiateur, pour assurer le succès de son offre, propose une parité d'échange qui survalorise les titres de la cible. Cette survalorisation correspond à la surcote offerte aux actionnaires de la cible. Les arbitragistes peuvent alors décider d'acheter des titres de la cible qu'ils échangent contre des titres de l'initiateur et, dans le même temps, emprunteront des actions de l'initiateur qu'ils revendront immédiatement, le prix de revente finançant tout ou en partie l'achat des actions de la cible. Au jour de l'emprunt, les arbitragistes sont débiteurs d'une obligation de restitution des actions empruntées au cours prévalant le jour de l'emprunt. Au moment de l'échange, les titres que les arbitragistes vont recevoir de l'initiateur seront, du fait de la surcote, en nombre supérieur à ceux qu'ils auront empruntés. La différence entre le nombre de titres à rembourser et ceux remis en échange constituera le gain net.

155. L'arbitrage peut également jouer en matière de marché à terme. Dans ce cas, l'arbitragiste peut jouer sur la différence qui existera entre le prix d'un actif aujourd'hui et celui qu'il aura demain. S'il estime qu'un tel actif vaudra moins cher à terme, il peut vendre cet actif aujourd'hui au comptant et l'acheter simultanément à terme moins cher. Il empruntera les titres qu'il doit livrer au comptant et restituera au prêteur ceux qu'il recevra à terme. Si sa prévision est juste, la différence nette lui est acquise.

156. Les transferts temporaires de titres peuvent être une solution face au risque de contrepartie. En effet, pour se prémunir contre le risque de défaillance d'une contrepartie, le transfert temporaire de propriété des titres comme mécanisme de garantie peut offrir de nombreux avantages. Soit l'emprunteur rembourse son prêt et la propriété des titres lui est restituée, soit il ne peut honorer sa dette et la propriété temporaire transmise appartient définitivement au créancier. L'ouverture d'une procédure collective n'a pas lieu d'être à l'encontre du débiteur défaillant, ce qui évite au créancier la loi du concours. Enfin, la réalisation de la sûreté est aisée puisqu'elle s'opère de plein droit, la défaillance de la contrepartie entraînant la mise en œuvre de la garantie sans autre formalité. Le mécanisme de transfert temporaire de titres est quelques fois mis en œuvre par les banques centrales dans le cadre des pensions livrées intra-journalières ou les prêts garantis intra-journaliers.

157. Un acheteur de titres peut se retrouver dans l'impossibilité de recevoir effectivement les titres qu'il a acquis, en raison de la difficulté qu'a le vendeur de se procurer ces titres dans les quantités et aux conditions convenues. Face à ce risque, les institutions financières peuvent

procéder à un transfert temporaire de titres. Dans un premier temps, il aurait pu être autorisé de détenir un compte débiteur dans une chambre de compensation[274]. Ce procédé aurait eu pour effet de créer des titres fictifs. Cette pratique a été écartée car les titres représentent une émission des droits identiques à leurs titulaires. Il a en outre été imaginé de procéder à des tirages sur la masse. Ceux-ci consistent à prélever dans le stock des titres dont un établissement est dépositaire, des titres à livrer pour le compte d'un client avant que ce client n'ait lui-même reçu livraison des titres concernés. Ce qui signifie que le tirage sur la masse reviendrait pour un titre donné, à prélever sur le compte de n'importe quel client de l'établissement ce titre, afin de respecter les délais de livraison, à charge pour l'établissement de reconstituer ultérieurement le compte client momentanément privé du titre. En d'autres termes, il s'agit de livrer à une personne des titres appartenant à une autre sans droit dessus, à réaliser un emprunt à l'insu du véritable propriétaire des titres. Cette pratique est potentiellement génératrice de risque de défaillance. La chambre criminelle de la cour de cassation a d'ailleurs, dans un arrêt du 30 mai 1996, considéré que cette pratique était constitutive d'un abus de confiance[275].

158. Le transfert temporaire de titres peut autrement être mis en œuvre par le mécanisme de la vente à réméré. Elle consiste pour le vendeur à se réserver la faculté de racheter la chose vendue, moyennant la restitution du prix initial augmenté, le cas échéant, du remboursement des frais et accessoires de la vente ainsi que du remboursement du coût des opérations qui ont augmenté la valeur de la chose[276]. Il s'agit d'un contrat de vente assorti d'une clause résolutoire en faveur du vendeur qui peut reprendre la chose vendue moyennant à l'acheteur le prix de la chose et des frais occasionnés. C'est par exemple grâce à ce mécanisme que certaines sociétés se couvrent face à l'obligation qui pèse sur elles d'être en possession des titres qu'elles doivent livrer au terme de la période d'indisponibilité des plans de *stock-options*[277]. L'intérêt de ce type de convention réside dans l'offre d'une garantie réelle pouvant compléter un crédit. L'acheteur devient véritablement propriétaire des actifs avec tous leurs attributs. D'un point de vue plus économique, il permet de transférer l'exposition au risque sur l'émetteur de titres au cessionnaire. Ce type de convention peut être passé par toute personne. De même, toute valeur mobilière ou tout titre négociable peut faire l'objet d'une telle vente. Il s'agit d'un contrat consensuel qui implique que les parties s'entendent à la fois sur les conditions de forme du contrat et les formes que doit prendre leur relation pendant toute la durée du contrat, notamment sur la faculté de résolution du contrat de vente.

[274] Euroclear par exemple

[276] Article 1659 du Code civil

[277] Article L. 225-179 du Code de commerce

159. La vente à réméré entraîne que l'acheteur des titres devient le propriétaire de ceux-ci. L'acheteur reçoit tous les droits et supporte toutes les obligations qui y sont inhérentes. Il peut ainsi valablement exercer le droit de vote attaché aux titres dans les assemblées réunissant les porteurs des titres. Il peut également exercer l'ensemble des droits patrimoniaux liés à la propriété, et ainsi les vendre, les prêter, les louer, les gager. Lorsque le mécanisme de réméré a commencé à se substituer aux comptes à termes rémunérés, il existait un risque de voir le vendeur ne pas racheter les titres dans les délais convenus, au prétexte que ceux-ci auraient perdu leur valeur durant le temps de la convention. Aussi, les ventes à réméré ont-elles été assorties d'un engagement ferme du vendeur de racheter les titres vendus. De prime abord, un tel montage semble être sous le coup de la prohibition des pactes commissoires. Elle interdit au prêteur de faire attribuer, par avance, le bien remis à titre de garantie, sans respecter les formalités légales[278]. Mais, la réforme du droit des sûretés intervenues en mars 2006 a mis un terme à la prohibition du pacte commissoire en matière de gage[279].

160. Un autre mécanisme de transfert temporaire de valeurs mobilières réside dans le mécanisme de la pension livrée. L'ordonnance du 8 janvier 2009 la définit comme l'opération par laquelle une personne morale ou un fonds commun cède en pleine propriété à une autre personne morale ou un autre fonds commun, moyennant un prix convenu, des titres financiers, et par laquelle le cédant et le cessionnaire s'engagent respectivement, le premier à prendre les valeurs, titres ou effets, et le second à les rétrocéder pour un prix et à une date convenus[280]. La pension livrée devient ainsi un contrat nommé avec un régime spécial qui lui est propre.

161. Les personnes morales, les fonds communs de placement ou les fonds communs de créances peuvent être partie à la convention de pension. Celle-ci peut porter sur des actions et autres titres donnant accès au capital ou au droit de vote, sur des titres de créances, à l'exclusion des effets de commerce et des bons de caisse, sur les parts ou actions des OPCVM ainsi que sur tous les instruments équivalents émis sur le fondement d'un droit étranger.[281] Souvent, le prix, qui est librement fixé par les parties[282], est inférieur au cours des marchés afin de protéger le cessionnaire contre une baisse éventuelle de la valeur des titres cédés pendant le temps de la convention. De même, le prix de la rétrocession sera librement convenu entre les parties. Étant donné que la pension n'est pas une vente pure et simple, le transfert de propriété des titres opérera dès l'échange des consentements et non lors de l'inscription des titres achetés au compte de

[278] Ancien article 2078 du Code de commerce
[279] Article 2348 du Code civil
[280] Article L. 211-17 du Code de commerce
[281] Articles L. 211-1, II du Code de commerce
[282] Article L. 211-27 du Code de commerce

l'acheteur. Cependant, l'obligation de rachat qui pèse sur le cédant permet au cessionnaire de ne pas entrer dans le champ de la réglementation relative aux franchissements des seuils qui continuent d'être déclarés par le cédant[283].

162. Le prêt de titres consiste en une convention au terme de laquelle une personne, le prêteur, remet à une autre, l'emprunteur, une certaine quantité de titres que celui-ci s'engage à restituer à terme par équivalence, après en avoir disposé comme un propriétaire pendant la durée du prêt. Dans l'industrie financière, les organismes de placement collectifs ou d'autres personnes morales mobilisent les titres qui leur appartiennent en propre au profit d'autres investisseurs qui sont dans l'obligation de livrer ces mêmes titres à leurs clients alors même qu'ils n'ont pu en acquérir en nombre suffisant sur le marché. L'établissement qui doit livrer des titres à une date précise, alors même qu'ils ne les possèdent pas, pourra les emprunter. Cet emprunt lui conférera la propriété des titres afin de respecter ses obligations de livraison, à charge pour lui de restituer des titres de même espèce et en même quantité à son prêteur à l'échéance.

163. Même si les prêteurs peuvent être toute personne physique ou morale, les emprunteurs ne peuvent être que des personnes morales soumises au régime réel d'imposition, des OPCVM et des personnes, sociétés ou institutions non-résidentes ayant un statut comparable. Les titres susceptibles d'être prêtés sont les actions et autres titres donnant ou pouvant donner accès au capital ou aux droits de vote d'une société dont les titres sont admis sur les marchés réglementés, ainsi que les titres de créances négociables. Pendant la durée du prêt, les droits au dividende ne peuvent être détachés. De même, ces titres ne peuvent pas donner lieu au paiement d'intérêts ouvrant droit à un crédit d'impôts. Par ailleurs, ces titres ne doivent pas faire l'objet d'un amortissement, d'un tirage au sort pouvant conduire au remboursement ou d'un échange ou d'une conversion pour ne pas rendre l'opération trop complexe. Le prêt ainsi établi ne peut durer plus d'un an.

164. Malgré toutes les dispositions visant à encadrer le prêt de titre, celui-ci n'a pas été mis à l'abri de dévoiements de la part des fonds d'investissement. Le fait est que le prêt de titres peut servir aux fonds d'investissement qui veulent disposer d'un droit de vote plus important sans réel lien avec la réalité de leur véritable investissement en capital. Ainsi, un fonds peut, avant une assemblée, emprunter auprès d'autres porteurs d'actions de la même société non intéressés par l'exercice du droit de vote, un certain nombre d'actions supplémentaires et disposer de plus de voix de vote en conséquence. Une telle opération d'acquisition des droits de vote est par ailleurs menée pour un coût dérisoire puisque l'emprunteur ne verse pas le capital correspondant, mais

[283] Article L. 233-9, 6 du Code de commerce

s'acquitte simplement d'un loyer pour les quelques jours pendant lesquels l'emprunt a été nécessaire[284]. De telles pratiques ont conduit l'AMF a proposé une suspension des droits de vote attachés aux titres temporairement détenus ou de renforcer l'information préalable à l'assemblée en obligeant notamment les possesseurs d'un certain volume d'actions de révéler l'identité réelle des propriétaires desdites actions.[285]

166. « *l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits, ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires* »[286], c'est en ces termes que le Code civil définit la fiducie. Depuis la loi du 19 février 2007, il est possible à une personne (le constituant) de transférer à un tiers (le fiduciaire), temporairement (pour une durée maximale de 33 ans), la propriété d'un bien ou d'un droit (ou d'un ensemble de biens ou de droits), qui est placé dans un patrimoine d'affectation (le patrimoine fiduciaire), à charge pour le fiduciaire de le transférer à terme à un bénéficiaire[287]. Ce qui signifie que tout propriétaire qui souhaite confier la gestion de tout ou partie de ses biens à un tiers peut choisir le mécanisme de la représentation par la voie du mandat ou celui du transfert de propriété au moyen de la fiducie. Cette dernière peut avoir pour but soit la gestion de biens, soit la constitution de garantie. Ainsi, la fiducie-gestion permet au constituant (le propriétaire initial des biens) de confier la gestion d'un bien ou d'un ensemble de biens à une tierce personne, le fiduciaire, qui a la charge de les gérer dans l'intérêt exclusif de bénéficiaires désignés, au nombre desquels peut figurer le constituant lui-même. Il convient de noter que, la cession de créances au patrimoine fiduciaire bénéficie d'un formalisme allégé. La cession devient opposable aux tiers dès la signature du contrat de fiducie et au débiteur cédé lors de la notification de la cession par quelque moyen que ce soit.

167. La fiducie-sûreté consiste quant à elle en la constitution d'une garantie. Le fiduciaire (qui peut être le créancier lui-même) se voit confier des biens ou des droits en garantie d'une dette existant entre le constituant et le bénéficiaire. Il est prévu qu'en cas de défaillance du constituant, le fiduciaire attribuera le droit ou le bien qui a été placé dans le patrimoine fiduciaire dont il assume la gestion au bénéficiaire (le créancier). Dans le cas où le constituant aurait bien exécuté ses obligations, le fiduciaire restitue le bien ou le droit au constituant au terme du contrat.

---

[284]Jean Marc Moulin, *le droit de l'ingénierie financière*, 3e édition Gualino, lextenso éditions, Paris 2009 p. 163-174
[285] AMF, Rapport du groupe de travail présidé par Y. Mansion, janvier 2008
[286] Article L. 2011 du Code civil

Le contrat de fiducie permet au propriétaire initial du bien ou d'un ensemble de biens, de les transférer dans un patrimoine fiduciaire, c'est-à-dire une structure *ad hoc*, créée pour les besoins de l'opération. Ce patrimoine échappe à l'action des créanciers du constituant ainsi qu'à celle des créanciers du fiduciaire. Seuls les créanciers dont la créance est née à l'occasion de la conservation ou de la gestion du patrimoine fiduciaire peuvent appréhender ce dernier[288]. Le contrat de fiducie apparaît ainsi comme un des moyens permettant de constituer un patrimoine d'affectation dont les fruits et revenus peuvent échapper aux créanciers. Ainsi, une société peut sortir de son actif des participations qu'elle détient dans diverses sociétés, avec la certitude qu'en cas de faillite ces participations ne réaliseront pas les besoins d'une éventuelle liquidation. En outre, malgré le double transfert de propriété du constituant au fiduciaire, puis du fiduciaire au bénéficiaire, le législateur fiscal a opté pour un système de neutralité afin d'assurer l'attractivité de ce contrat.

168. Depuis la loi LME du 4 août 2008, toutes les personnes morales ou physiques peuvent constituer une fiducie, avec la seule possibilité pour les personnes physiques de simplement être constituantes. Afin de lutter contre l'évasion fiscale et le blanchiment d'argent, seules les entreprises répondant déjà à des standards en matière de lutte contre le blanchiment peuvent endosser la fonction de fiduciaire. Au titre des personnes physiques, seuls les avocats sont susceptibles d'être désignés comme fiduciaire. Toutefois, la capacité du fiduciaire peut varier en fonction de la nature des biens à gérer et des pouvoirs qui seront librement déterminés.

169. La liberté contractuelle étant instituée[289], les sociétés ne manquent pas d'y recourir régulièrement afin de mettre en œuvre des mécanismes visant à constituer des fonds propres. Depuis, les praticiens de l'ingénierie financière ont d'ailleurs instauré les comptes-courants d'associés. En effet, les associés d'une société peuvent mettre à la disposition de la société des sommes sous forme de prêts. A cette fin, un compte est ouvert à leur nom dans les livres de la société. Toutefois, ils participent au financement en quasi-fonds propres des sociétés. Par ailleurs, l'appellation « compte-courant d'associé » désigne la pratique consistant à prêter de l'argent à la société à laquelle ils participent[290]. Pour la société, cette convention permet d'obtenir des associés des sommes importantes visant à financer son activité à moindre coût que si elle devait faire appel aux banques. De plus, les intérêts versés aux associés dans ce cadre sont, pour partie, déductibles de son résultat[291]. Tandis que pour les associés l'intérêt versé leur garantit une

[288] Article 2025 du Code civil
[289] Article 1134 du Code civil
[290] Cass. Com., 18 novembre 1986 : *Rev. sociétés 1987*, p. 581, note I. Urbain-Parléani.
[291] CGI, article 39, 1, 3°, 212 et 145

rémunération due à tout événement, alors que les retraits effectués sur le compte ne sont pas assimilés à des revenus et n'ouvrent pas droit à taxation ni au titre de l'impôt sur le revenu ni au titre des prélèvements sociaux. En plus, les sommes placées sur le compte-courant ne sont pas assimilées à des apports et peuvent donc être retirées librement et à tout moment tout comme les associés peuvent décider de faire des avances nouvelles sans suivre la procédure des augmentations de capital. Enfin, ces sommes participent de la notion de quasi-fonds propres dans la mesure où ils ont souvent vocation à demeurer durablement à la disposition de la société.

170. L'ouverture d'un compte-courant fait l'objet de contrôle institué dans les SARL et les SA. Dans les SARL, une procédure de contrôle fait intervenir l'assemblée des associés postérieurement à la passation de la convention, si la société a un commissaire aux comptes[292]. Dans le cas où la société n'aurait pas de commissaire aux comptes, l'assemblée des associés intervient préalablement pour toutes les conventions intervenues directement ou par personnes interposées entre la société et l'un de ses gérants ou associés. De même, dans les SA, il existe une procédure de contrôle, d'autorisation préalable des conventions faisant intervenir le conseil d'administration puis l'assemblée des actionnaires[293]. Dans l'hypothèse où l'ouverture d'un compte-courant d'associé est prévue dans les statuts de la société et pratiquée de manière habituelle, cette pratique peut ne pas être suivie, mais il faudra suivre un formalisme informationnel[294] à destination du président du conseil[295].

[292] Article L. 223-19 du Code de commerce
[293] Article L. 225-38 du Code de commerce
[294] Article L. 225-39 du Code de commerce

2. La circulation des éléments de l'actif : le transfert des créances

171. Les obligations peuvent circuler par la voie de la cession des créances. La cession des créances est l'opération par laquelle un créancier (le cédant) transfère à une personne qui devient le nouveau créancier (le cessionnaire), tout ou partie de la créance qu'il a sur son débiteur (le cédé). Il existe deux modes de cession des créances, la stipulation pour autrui et la cession des créances spéciales. La subrogation personnelle est également un mode de cession des créances. Le Code civil organise la cession des créances à l'article 1689. Toutefois, dans le cadre de la circulation des obligations commerciales des personnes morales, seules les cessions de créances spéciales utilisant des procédés de droit commercial et de droit civil intéressent notre réflexion.

Les sociétés peuvent choisir de mobiliser les créances afin de minimiser leurs coûts de gestion, mais aussi d'en percevoir immédiatement le produit. La mobilisation permet à un créancier d'anticiper la disponibilité de ses créances en en percevant immédiatement le montant, en contrepartie de quoi lesdites créances sont mises en garantie ou cédées temporairement, voire définitivement au profit du mobilisateur. A ce titre, l'escompte[296] peut servir de procédé de mobilisation.

En fait, un établissement de crédit avance à une entreprise, titulaire d'une créance à terme sur un tiers, le montant de la créance en question contre le transfert de sa propriété. Cette avance du montant de la créance se fait en contrepartie d'une rémunération et sous réserve de son paiement effectif à l'échéance. En d'autres termes, les entreprises peuvent, au moyen de l'escompte, se procurer des liquidités en mobilisant les créances qu'elles ont sur leurs clients. L'escompte est une opération de crédit dans laquelle la technique employée est le transfert de propriété d'un effet de commerce. La cession ne se distingue pas du crédit, mais en constitue l'instrument[297].

172. La remise des titres escomptés s'effectue par des procédés cambiaires. Dans un premier temps, le banquier escompteur peut être désigné comme bénéficiaire d'une lettre de change ou de tout autre papier commercial. A la création de ce dernier, l'effet peut être endossé au profit du banquier. La remise des titres rend le banquier propriétaire de l'effet avec tous les droits qui y sont attachés. Ainsi, le banquier devient propriétaire de la créance, représentée par le titre escompté, et de la provision qui lui est transmise. Le banquier peut ensuite, à loisir, mobiliser les créances. Toutefois, l'endos ainsi réalisé ne permet pas de transférer les risques inhérents à la créance en même temps que l'effet de commerce, sur le débiteur cédé au banquier du fait de la solidarité de l'endosseur. De plus, l'escompte emporte le transfert, au profit de l'escompteur, de toutes les sûretés attachées aux créances transmises, ce qui n'exclut pas que l'escompteur puisse

[296] Article L. 313-30 du Code monétaire et financier

demander des sûretés supplémentaires[298]. Ce type de crédit se construisant sur le transfert de propriété de créance se retrouve dans d'autres procédés tels que la cession Daily ou l'affacturage.

173. Le bordereau Daily, qui est une autre forme de mobilisation de créance est presque un substitut de l'escompte. En effet, tout crédit qu'un établissement de crédit consent à une personne, physique ou morale, de droit privé ou de droit public, dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle, peut donner lieu, au profit de cet établissement, par la seule remise d'un bordereau, à la cession ou au nantissement par le bénéficiaire du crédit, de toute créance que celui-ci peut détenir sur un tiers dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle[299].
La cession Daily fait l'objet d'un formalisme à défaut duquel l'opération de mobilisation des créances, sans être nulle, peut ne pas bénéficier du cadre prévu pour la cession Daily et ne supporter que le simple régime du droit commun de la cession des créances[300]. L'opération peut s'en trouver valable, mais pourrait être inopposable aux tiers.

174. La mobilisation de créances réalisées par la voie de la cession Daily peut porter sur la cession *« des créances liquides et exigibles à terme ou non, mais aussi sur des créances résultant d'un acte déjà intervenu ou à intervenir et dont le montant et l'exigibilité ne sont pas encore déterminés* ». Ce qui signifie qu'il est possible de céder des créances futures. Il devient ainsi possible de monter un crédit garanti par un transfert global de créances actuelles ou futures de l'entreprise bénéficiaire. Bien que cette possibilité ait suscité des interrogations[301], la cession de créances futures demeure puisqu'a été posé le principe de l'inopposabilité de l'ouverture d'une procédure collective au cessionnaire d'une créance[302] d'un contrat à exécution successive même si, au jour de la cession de la créance l'exigibilité de celle-ci n'était pas encore acquise. Ainsi, malgré l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du cédant postérieurement à la cession, celle-ci conserve ses effets après le jugement d'ouverture, sauf lorsque ces créances résultent de contrats à exécution successive dont le montant n'est pas déterminé[303]. Autrement dit, l'ouverture d'une procédure collective est inopposable au cessionnaire des créances résultant de l'exécution dans le temps d'un contrat à exécution successive pour autant que le montant des

---

[299] Article L. 313-23 du Code monétaire et financier
[300] Article 1690 du Code civil
[301] Un arrêt, du 26 avril 2000, de la Chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé qu'en cas de procédure collective, les créances nées antérieurement à ce jugement mais se rattachant à des prestations devant être effectivement fournies près celui-ci ne pouvaient être payées au banquier cessionnaire.
[302] Cass. Com., 7 décembre 2004 : *D.* 2000, jur. p. 717, note C. Larroumet
[303] Article L. 214-43 du Code monétaire et financier

créances futures soit déterminé à l'avance[304]. La cession ainsi réalisée opère entre les parties dès la date sur le bordereau de cession. De la sorte, sont réputés nuls les clauses et contrats interdisant à un contractant de céder à des tiers les créances qu'il détient contre lui[305]. De plus, pour garantir son paiement, le banquier cessionnaire Daily peut faire accepter la cession au débiteur cédé afin que ce dernier ne puisse plus opposer d'exceptions au banquier mobilisateur[306].

175. L'affacturage est une opération ou une technique de gestion par laquelle, dans le cadre d'une convention, un organisme spécialisé gère les « comptes clients » d'entreprises en acquérant leurs créances, en assurant leur recouvrement et en supportant les éventuelles pertes sur les débiteurs insolvables. Ce service permet aux entreprises d'améliorer leur trésorerie et de limiter les frais de gestion. Il est rémunéré par une commission sur le montant des factures. Concrètement, la société et l'établissement spécialisé concluent un contrat portant sur l'ensemble ou une partie des créances de l'adhérent. Ce dernier remet ensuite les factures au *factor* selon les modalités déterminées au contrat. L'ensemble des créances sont consignées dans un bordereau récapitulatif qui n'est cependant pas un titre cambiaire. Le *factor* paie les factures à l'adhérent sous déduction d'une commission correspondant à sa rémunération. Dans la pratique, les sommes sont versées à un compte-courant qui unit l'adhérent au *factor*. Une fois qu'il a payé, le *factor* est subrogé dans les droits de son adhérent sur son propre client ; le paiement contre remise de créances emportant subrogation[307]. A compter du paiement emportant subrogation, le *factor* perd tout recours contre son adhérent puisqu'il lui revient d'assumer le risque de non-recouvrement de la créance.

176. La titrisation est l'opération au terme de laquelle une société vend certains de ses actifs à une entité *ad hoc*, un fonds commun de créances, qui va émettre en contrepartie, pour financer l'acquisition de ces actifs, des valeurs mobilières sur les marchés financiers auprès du public ou d'investisseurs qualifiés. Les flux financiers générés par les créances acquises permettent à l'entité *ad hoc* possédant les créances de payer les intérêts et le remboursement du capital des titres émis en vue du refinancement.

177. Le fonds commun de créances partie prenante à l'opération de titrisation a à son actif les créances acquises auprès de l'opérateur qui initie le montage et, à son passif, les titres qu'il a émis en contrepartie et qui ont été souscrits par les investisseurs. Il convient de noter que le FCC a, le plus souvent, un actif composé de créances résultant d'actes déjà intervenus ou à intervenir,

[304] Jean Marc Moulin, *le droit de l'ingénierie financière,* 3e édition Gualino, lextenso éditions, Paris 2009 p.495 § 1072
[305] Article L. 442-6, II, c du Code monétaire et financier
[306] Article L. 313-29 du Code monétaire et financier
[307] Article 1250-1° du Code civil

peu importe que le montant et la date d'exigibilité de ces créances soient ou non déterminés. Une jurisprudence avait dans un premier temps augmenté le coût des opérations de titrisation[308], du fait de la prise en compte par les agences de notation du risque de voir l'ouverture d'une procédure collective opposée au cessionnaire d'une créance d'un contrat à exécution successive. Mais, désormais, l'ouverture éventuelle d'une procédure collective à l'encontre du cédant postérieurement à la cession, est inopposable au cessionnaire des créances résultant de l'exécution dans le temps d'un contrat à exécution successive pour autant que le montant des créances futures soit déterminé à l'avance. L'administrateur judiciaire ou le repreneur n'a d'autres choix que de poursuivre ces contrats[309]. En outre, le FCC peut ranger à son actif les différentes créances d'un acte à intervenir[310]. Les FCC peuvent comporter plusieurs compartiments et les actifs d'un compartiment ne peuvent répondre que des dettes, engagements et obligations afférents à ce compartiment[311]. Dans la même optique, les sûretés sur lesquelles pouvaient porter les créances ont été élargies au nantissement des créances futures[312]. En conséquence, il est désormais possible de titriser des créances futures et indéterminées, immobilisées, douteuses ou litigieuses[313].

178. Le FCC peut inscrire à son actif des titres de créances représentant chacun un droit sur l'entité qui les émet, transmissibles par inscription en compte ou tradition, que ces titres lui aient été cédés ou qu'il les ait souscrits directement auprès de l'émetteur. Le FCC peut également inscrire à son actif l'ensemble des moyens lui permettant de se couvrir contre les risque qu'il supporte et les accessoires accompagnant les créances cédées, les garanties obtenues auprès d'un établissement de crédit ou d'assurance, des prêts subordonnés ou des contrats à terme que le FCC a pu conclure. On peut dès lors observer que le FCC peut utiliser des produits dérivés non seulement pour se couvrir des risques qu'il supporte, mais aussi pour vendre des protections à d'autres opérateurs, même s'il doit obtenir une autorisation de l'AMF dans les cas où il souhaite utiliser des instruments financiers à terme[314]. La faculté octroyée au FCC d'utiliser des instruments financiers à terme a donné lieu, en plus de la titrisation dite « cash[315] » à une

[308] Cass. Com., 26 avril 2000 : *JCP* E, 2000, p. 1134, note D. Legeais
[309] Jean Marc Moulin, *le droit de l'ingénierie financière,* 3e édition Gualino, lextenso éditions, Paris 2009
[310] Article R. 214-94 du Code monétaire et financier
[311] Articles L. 214-43, alinéa 1er et 214-48, III du Code monétaire et financier
[312] Cf. réforme de l'article 2355 du Code civil opérée par l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés.
[313] Article R. 214-94 du Code monétaire et financier
[314] Article L. 214-49 alinéa 2 du Code monétaire et financier
[315] *Asset backed securities (ABS) : titrisation de prêts à la consommation, asset backed commecial paper : titrisation de facture commerciale, collateralized debt obligation : titrisation de prêts ou d'obligations d'entreprises, mortgage back securities ou residential mortgage back securities : titrisation de prêts immobiliers, etc.*

importante activité de titrisation synthétique[316]. Cette dernière se distingue de la première en ceci que la titrisation cash exige un transfert de la propriété de l'actif en même temps qu'un transfert du risque, ce que n'exige pas la titrisation synthétique[317].

179. La mise en œuvre de la titrisation synthétique implique que l'originateur de l'opération transfère seulement le couru sur un actif à un agent qui peut l'assumer, moyennant le versement d'une prime. Tandis que la propriété et la gestion de l'actif sous-jacent demeure dans le bilan de celui qui a conclu la convention et qui se présente ainsi comme un simple acheteur de protection. En fait, le risque de crédit est globalement apprécié sur le portefeuille et est ensuite transmis aux investisseurs par le biais de *Credit Default Swaps.* En cas de survenance du risque, le vendeur de protection indemnise l'acheteur de la protection, soit en contrepartie de la livraison du sous-jacent, soit en laissant le sous-jacent dans les comptes de la banque. La garantie du paiement de l'émetteur des CDS, qui ne dispose pas de la propriété des actifs sous-jacents, des sûretés et des garanties, est constituée à son profit et gérée par une tierce personne. En outre, puisque tous les actifs composant le portefeuille ne présentent pas de profil de risque identique, celui-ci est structuré au sein du montage. Les tranches comportant la grande probabilité de défaut et qui offrent la plus forte rémunération sont conservées dans l'établissement de crédit lui-même, les tranches « mezzanines » ou « juniors » qui représentent un profil de risque médian sont cédées au moyen de CDS, via une structure *ad hoc*, et les tranches dites « seniors » qui représentent environ 90% du total de l'opération sont cédées au moyen de CDS à d'autres établissements de crédit[318].

180. Au titre du passif, le FCC, en contrepartie des créances acquises, émet des actions ou des parts de copropriétés négociables ou des titres de créances qui vont être souscrits par des investisseurs[319]. Les parts et actions émises par l'organisme de titrisation peuvent faire l'objet d'un placement privé ou d'un placement dans le public après qu'un prospectus a été rédigé et a reçu le visa de l'AMF. Les FCC ont ainsi la possibilité d'effectuer des placements privés pour certains compartiments et des placements publics pour d'autres selon leur stratégie. Il convient de relever que les FCC peuvent émettre des parts et actions nouvelles en représentation de l'acquisition de nouvelles créances. Il n'est donc plus nécessaire de constituer un autre FCC pour une nouvelle opération de titrisation. Ce qui implique que le FCC peut continuer d'exister après la dernière échéance de la dernière créance figurant à son actif originel. En cours de vie, le FCC peut donc acquérir de nouvelles créances et émettre, en contrepartie, de nouvelles parts ou

[316] *Credit default swap single name et credit linked notes*
[317] Jean Marc Moulin, *le droit de l'ingénierie financière,* 3e édition Gualino, lextenso éditions, Paris 2009
[318] *Ibid.*
[319] Article L. 214-43, du Code de commerce, modifié par l'ordonnance du 13 juin 2008

actions. Les FCC deviennent ainsi rechargeables et constituent des éléments stables de refinancement[320]. La protection des porteurs de parts et actions est, quant à elle, assurée par la seule qualité des créances transmises.

181. La cession de créances à l'organisme de titrisation se fait au moyen d'un bordereau, échappant au formalisme de l'article 1690 du Code civil. Autrement dit, les crédits sont transmis au fonds par leur originateur par la seule remise du bordereau. C'est cette remise qui transfère à la fois la propriété de la créance et l'ensemble des accessoires qui y sont attachés, sauf s'il s'agit d'instruments financiers qui suivent une procédure qui leur est propre[321]. La cession ainsi faite est opposable aux tiers[322] du simple fait de la remise du bordereau, sauf s'il s'agit d'instruments financiers[323]. Par ailleurs, les créanciers de l'établissement cédant ne peuvent, en cas de défaillance de ce dernier invoquer l'apparence en réclamant à leur profit le solde créditeur de ce compte appartenant, en réalité, au fonds.

182. Les opérations à effets de levier ou *leverage buy out (LBO)* désignent les montages associant création de structure juridique *ad hoc*[324] et endettement permettant la prise de contrôle d'une société et de bénéficier d'une optimisation du rapport engagement/rentabilité. Les effets de levier sont d'abord juridiques. A ce titre, ils permettent à une personne de prendre le contrôle d'une société sans en détenir directement la majorité des droits de vote. Pour ce faire, il suffit de détenir la majorité des droits de vote d'une société qui a à son actif la majorité des droits de vote de la société visée. Ensuite, les effets de levier sont financiers. Ils consistent dans la faculté d'une société, visant l'acquisition du contrôle d'une autre, à s'endetter pour accroître la rentabilité de ses fonds propres investis. Il faut que le coût de la dette[325], retranché du résultat de l'activité et divisé par le montant des fonds propres, génère un résultat positif[326]. Enfin, les effets sont également fiscaux. Le fait est qu'un certain nombre de dispositions permettent d'atténuer la fiscalité des flux de fonds entre les diverses sociétés parties au montage[327].

183. L'intervention d'une société dite « holding » est nécessaire aux opérations à effets de levier. La société holding est en fait un véhicule d'investissement chargé de réunir à son passif l'ensemble des moyens financiers propres à l'acquisition des titres de capital, qui seront inscrits à

---

[320] Jean Marc Moulin, *le droit de l'ingénierie financière,* 3e édition Gualino, lextenso éditions, Paris 2009
[321] *Ibid.*
[322] Cass. Com. 13 février 2007 : *D.* 2007, AJ 652, obs. X. Delpech
[323] Article L. 214-46 du Code monétaire et financier
[324] *Special Purpose Vehicle (SPV)* ou *Special Purpose Acquisition companies (SPAC)*
[325] Remboursement et paiement des intérêts diminués de l'économie fiscale résultant de la déduction de l'intérêt
[326] (Résultat – coût de la dette)/fonds propres > 0
[327] Absence de double imposition des résultats de la cible remontant vers la société holding, déductibilité des intérêts des emprunts contractés par la société holding

son actif, de la société cible. Autrement dit, les sociétés holding ont pour objet de détenir et de gérer des participations en capital dans une ou plusieurs autres sociétés, qu'il s'agisse de filiales ou de simples participations. La société holding est ainsi titulaire de titres représentatifs du capital social lui conférant des droits pécuniaires et politiques dans les sociétés auxquelles elle participe[328].

184. La constitution d'une société holding peut entraîner la mise en cause de la structure patrimoniale de la société cible. Par exemple, en transférant à une filiale, constituée ou non, une partie de ses actifs, lorsque la constitution de la holding se fait par le bas, la société qui initie l'opération peut se heurter à un certain nombre de difficultés. Normalement, l'organe social compétent pour céder un bien figurant dans le patrimoine de la société est la direction. Mais, il en va différemment lorsque cet acte de disposition porte sur un bien dont l'importance est telle que son transfert à une autre entité va conduire à modifier l'objet social de la société initiatrice de l'opération. Or, si ce transfert nécessite une modification de l'objet social statutaire, la compétence est du ressort de l'assemblée générale extraordinaire seule compétente pour modifier les statuts. Dans une telle occurrence, les dirigeants sociaux doivent solliciter l'autorisation de l'assemblée dans laquelle les minoritaires devront se prononcer, sous peine d'une annulation de l'opération. Si les actionnaires minoritaires ne sont pas d'un poids tel qu'ils puissent bloquer la décision de l'assemblée, ils pourront tout de même diligenter une action judiciaire sur le fondement de l'abus de majorité, notamment si l'opération est contraire à l'intérêt social de la société et génère une inégalité entre les associés[329]. En outre, les minoritaires peuvent agir sur le fondement de l'abus de biens sociaux en reprochant aux majoritaires la décision de filialiser les activités opérationnelles de la société à laquelle ils participent[330].

185. La société holding est l'entité qui sert à l'opération de LBO. Elle est financée par apport de fonds propres de la part des repreneurs-dirigeants et des investisseurs en capital. Le financement de la holding peut également se faire sous forme d'emprunt de titres de créances et ou d'emprunts bancaires classiques. Lorsque le financement se fait sous forme de fonds propres, les investisseurs ont à leur disposition des actions de préférence leur octroyant des droits pécuniaires et extra-pécuniaires que n'ont pas les autres associés. Tandis que le recours à l'emprunt dépend de la capacité d'autofinancement prévisionnel de la société cible. Celle-ci doit couvrir aussi bien les besoins de financement de sa propre croissance que le remboursement des emprunts de la cible ayant permis l'acquisition. En pratique, on trouve dans le passif de la

[328] CA Paris, 18 juin 1986 : *Rev. sociétés 1986,* p. 422, note Y. Guyon
[329] Cass. Com., 24 janvier 1995 : *Rev. sociétés* 1995, p. 46 note M. Jeantin
[330] Jean Marc Moulin, *le droit de l'ingénierie financière,* 3e édition Gualino, lextenso éditions, Paris 2009

holding des dettes à moyen terme d'une durée moyenne de sept à huit ans appelée dette senior[331] contractée auprès d'établissements bancaires. Cette dette est réputée sûre en raison de l'obtention de gages sur les actifs de la société emprunteuse[332], en plus des intérêts plutôt faibles. Mais, il convient d'observer que souvent les banques arrangeuses choisissent de restructurer une partie de la dette auprès d'investisseurs spécialisés[333].

186. La dette est dite senior en raison de ses avantages par rapport à d'autres catégories de dettes, parmi lesquelles figure la dette mezzanine. Celle-ci est réputée avoir une sécurité moindre et un taux d'intérêt plus important. Généralement, cette dette est matérialisée par des obligations à bons de souscription d'actions (OBSA). Le fait est que les prêteurs mezzanines ne manqueront pas de demander de pouvoir bénéficier d'une éventuelle plus-value des titres de la société. Les OBSA leur permettront de souscrire au capital de la société avant qu'elle ne soit vendue ou introduite en bourse.[334]

187. Le financement mezzanine est un financement subordonné dans le sens où il est classé en seconde position par rapport aux dettes seniors, mais se situe avant les fonds propres[335]. La subordination prend appui sur une cession d'antériorité par laquelle les titulaires de la dette junior acceptent d'être remboursés après les titulaires de la dette senior[336]. La subordination peut également prendre appui sur une stipulation pour autrui[337] au terme de laquelle le titulaire de la dette junior donne l'ordre à la société de rémunérer et rembourser en priorité la dette senior, en contrepartie d'une rémunération plus élevée[338].

188. Dans certains montages, il est possible d'intercaler entre la dette senior et la dette mezzanine une tranche d'emprunt qualifiée de « *second lien* » ou dette junior. Cette dette est d'une durée de neuf ou dix ans et est remboursée après la dette senior mais avant la dette mezzanine, et bénéficie des mêmes garanties que la dette senior. Certains financements secondaires peuvent même amener à négocier un crédit vendeur auprès du vendeur de la cible afin de soulager le poids de l'endettement en étalant le paiement du prix sur quelques années,

---

[331] *Senior debt*

[332] Nantissement de premier rang sur les titres de la cible ou garanties accordées sur le patrimoine personnel des initiateurs…

[333] *Collateralized Debt Obligations* par exemple

[334] Jean Marc Moulin, *le droit de l'ingénierie financière,* 3e édition Gualino, lextenso éditions, Paris 2009

[335] *Ibid.*

[336] Article L. 228-97 du Code de commerce

[337] Article 1121 du Code civil

[338] Jean Marc Moulin, *le droit de l'ingénierie financière,* 3e édition Gualino, lextenso éditions, Paris 2009

sans prise de garantie et avec une rémunération variable ou encore de mettre en place un crédit relais. Ce dernier est remboursé en une seule fois par remontée de dividendes de la cible[339].

Lors du montage financier, la société cible ne peut octroyer des garanties ou des sûretés sur son actif au profit de la holding visant à garantir le remboursement des emprunts servant à l'acquisition de ses propres actions ou parts sociales[340]. Cependant, la société holding peut toujours nantir les titres de la cible qu'elle a à son actif au moyen du gage d'instruments financiers[341] ou encore par le nantissement des actifs d'une filiale de la cible.

189. Au-delà de l'endettement, la holding doit très tôt décider des modalités de remboursement. Or, il se trouve que la société holding n'a pas d'activité et ne peut compter que sur les ressources de la cible. La difficulté est que la cible ne peut ni prêter de l'argent ni distribuer des sommes à la société holding[342]. Pratiquement, la cible porteuse d'actifs peut céder ceux-ci à des entités tierces et, dans le même temps, se ménager la possibilité de continuer d'utiliser ces mêmes actifs moyennant le versement d'un prix qui augmente substantiellement le montant du bénéfice distribuable et, partant, le montant des dividendes qui vont remonter vers la holding lui permettant, de la sorte, de rembourser une partie de la dette d'acquisition.

Si la société cible acquise n'a pas d'actifs, il est aussi possible, par le procédé de titrisation par exemple, de céder les créances futures de la cible à une structure d'investissement qui en paie le prix en une seule fois. La structure sert à gonfler le bénéfice distribuable et à augmenter la capacité de remboursement de la holding.

190. Le bénéfice distribuable majoré peut ne pas suffire à racheter les titres des investisseurs. L'idéal pour la holding est de pouvoir appréhender l'intégralité des ressources de la cible. Pour ce faire, il peut être envisagé d'opérer une fusion entre la holding et la cible. La holding peut dès lors s'approprier la totalité des flux financiers de la cible et donner des garanties à ses créanciers sur les actifs de la société absorbée et non plus seulement sur les titres représentatifs du capital de cette dernière détenus par la holding[343]. Mais une telle hypothèse ne peut être mise en œuvre sans tomber sous le coup de l'interdiction faite à toute société d'avancer des fonds, d'accorder des prêts ou de consentir des sûretés en vue de la souscription ou de l'achat de ses propres actions à un tiers[344]. La sanction au non respect de cette prohibition consiste soit en une nullité de la sûreté, mais pas du prêt ayant financé l'acquisition des titres, soit en une nullité de l'opération de fusion

[339] *Ibid.*

[340] Article L. 225-216 du Code de commerce, mais la Directive européenne 2006/68/CE du 6 septembre 2006 autorise les États membres à autoriser les garanties financières

[341] Article L. 431-4 et suite du Code monétaire et financier

[342] Jean Marc Moulin, *le droit de l'ingénierie financière*, 3e édition Gualino, lextenso éditions, Paris 2009

[343] *Ibid.*

[344] Article L. 225-116 du Code de commerce

elle-même du fait de la violation d'une disposition impérative de la loi, ce d'autant que la règle est édictée pour protéger l'intégrité du capital de la société, gage des créanciers sociaux.

Mais, la jurisprudence de la chambre commerciale de la cour de cassation a pu poser que l'opération de fusion entre la holding et la société cible n'entrait pas dans le champ de cette prohibition et échappait donc à la nullité dans la mesure où ce ne sont ni les dirigeants de la cible ni la cible elle-même qui concèdent la garantie de l'emprunt de la holding, mais celle-ci qui procède au nantissement des titres de la cible[345]. Ce procédé peut également se heurter à la contestation des minoritaires de la société cible sur le fondement de l'abus de majorité. Le fait est que le projet de fusion peut paraître contraire à l'intérêt social de la cible et édicté dans le seul but de favoriser les majoritaires au détriment des minoritaires[346]. En effet, les actionnaires minoritaires peuvent prouver que la fusion n'a de but que de favoriser les majoritaires et non pas l'intérêt social de la société cible. Du fait de la fusion, la cible doit supporter un passif qui est étranger à son activité et qui n'existe que dans l'intérêt du repreneur, encore faut-il que les minoritaires parviennent à le prouver. Enfin, il n'est pas exclu que les actionnaires minoritaires envisagent le recours à l'abus de biens sociaux[347], du crédit, du pouvoir et des voix[348]. En effet, il est possible qu'une fusion vise simplement à faire supporter à la cible le service de la dette de la société holding sans que les minoritaires n'en tirent le moindre profit alors que les initiateurs de la fusion en sont, même indirectement, les principaux bénéficiaires.

[345] Jean Marc Moulin, *le droit de l'ingénierie financière,* 3e édition Gualino, lextenso éditions, Paris 2009

[346] *Ibid.* La Directive européenne 2006/68/CE du 6 septembre 2006 modifiant la Directive 77/91/CEE incite les États membres à revoir leur législation afin de permettre aux sociétés anonymes d'accorder une aide financière en vue de l'acquisition de leurs actions par un tiers, dans la limite de leurs réserves distribuables.

[347] Cass. Crim., 10 juillet 1995 : *Bull. Joly Sociétés* 1995, p. 1048, note A couret et P. Le Cannu

[348] Article L. 437, 3° et 4° du Code de commerce

Conclusion titre 1

191. La monnaie et les obligations monétaires constituent les principaux objets de l'*intégrité financière.* Ces objets se saisissent par leur nature circulatoire. La « masse monétaire » se manifeste autrement que par des billets et des pièces, notamment par la monnaie scripturale et certains titres financiers. Mais, même pour la création des pièces de monnaies ou des billets de banque, l'Histoire nous a montré que ceux-ci n'ont pas toujours été sous le monopole étatique.

192. La monnaie apparaît comme un objet juridique dès lors que l'on en donne une description utilisant les outils conceptuels du droit privé. Deux composantes existent dans la monnaie : une unité de valeur qui permet d'étalonner tous les objets disponibles dans les relations sociales. Et, une unité de paiement qui permet de détendre des relations sociales par l'extinction des dettes de sommes d'argent. La circulation de la monnaie est due pour une part à sa structure intrinsèque faite d'une unité de valeur et d'une unité de paiement. D'autre part, la confiance du public constitue l'autre élément à défaut duquel la monnaie ne saurait circuler.

193. La rupture avec les conceptions économiques peut être exprimée en des termes considérant que la monnaie est un objet ou un concept autonome, qui ne renvoie à autre chose qu'à elle-même pour exister et fonctionner. La nature juridique de la monnaie permet d'identifier la structure de tout fonctionnement monétaire, valable pour tous les types de monnaie ou d'instruments monétaires qui ont été en usage, tout en laissant la porte ouverte à ceux qui seront inventés dans l'avenir. L'autonomisation de la sphère financière par rapport à la sphère réelle, observée depuis plusieurs décennies, peut aboutir à forger un instrument propre au fonctionnement des marchés financiers, qui n'est plus la monnaie matérielle.

194. La monnaie a pour objet de fournir au commerce un intermédiaire grâce auquel les produits peuvent circuler de main en main, l'échange s'étant révélé insuffisant et peu commode. L'instauration d'un système de monnaie fiduciaire implique de réguler la quantité de monnaie disponible dans l'économie. Ainsi, l'État monopolise-t-il la fabrication des espèces monétaires. L'actuel Code pénal français incrimine la falsification des pièces de monnaie ou des billets ayant un cours légal en France ou émis par les institutions étrangères ou internationales habilitées à cette fin. La monnaie dite fiduciaire repose sur la confiance en un signe abstrait reconnu par tous. Les banques peuvent accroître plus ou moins simultanément la création de leur propre monnaie. L'accès au marché interbancaire libère de la nécessité de détenir des réserves tant que le marché est fluide, impliquant une certaine confiance entre les différents intervenants.

195. Le monopole de création monétaire apparemment reconnu à l'État n'est, dans sa réalité, limité qu'à la seule monnaie fiduciaire. La protection du monopole d'émission étatique a renforcé la confiance du public dans la monnaie fiduciaire et facilite sa circulation.
Le mécanisme de création monétaire peut être modifié avec la présence d'une banque centrale. Celle-ci délivre aux agents économiques une monnaie spécifique sous forme de billets et peut influencer la quantité de monnaie en circulation. La gestion de la liquidité de la banque centrale n'est qu'un moyen indirect et ne suffit pas à déterminer la masse monétaire, et le volume de celle-ci est décidé par les agents privés qui la créent.

196. La plupart des échanges se réalisent avec des contreparties en argent. La circulation des obligations de sommes d'argent représente une part importante des opérations qui ont lieu dans les transactions commerciales. Les obligations sont des éléments du patrimoine des personnes. La propriété des objets de ces obligations représente un enjeu dans les relations économiques. La valeur monétaire de l'objet de l'obligation doit être déterminée préalablement à toute exécution de l'obligation. L'objet de l'obligation peut incorporer la prise en compte d'une valeur sans pour autant y être subordonné.

197. L'obligation est considérée comme un élément du patrimoine. La plupart des obligations sont appréciables en argent. A ce titre on les retrouve au passif du patrimoine du débiteur et à l'actif du patrimoine du créancier. Les obligations, dès lors qu'elles sont formées, peuvent faire l'objet de transferts et circuler, d'un patrimoine à un autre. La circulation est rendue possible par le fait que les obligations sont elles-mêmes des valeurs économiques à part entière.

198. Les parts sociales sont définies comme des meubles et sont susceptibles de cession, de transmission ou de nantissement. Les valeurs mobilières servent généralement de moyen de financement aux projets de développement et de croissance des sociétés. Les instruments de financement des sociétés ont, eux, été diversifiés. Les valeurs mobilières sont un ensemble de titres négociables également qualifiés de titres financiers. Ceux-ci incluent les actions et autres valeurs mobilières pouvant donner accès, directement ou indirectement, au capital ou au droit de vote. Ces titres sont transmissibles par inscription en compte ou par tradition ; il en va de même pour les titres de créances représentant une créance sur l'émetteur. Pour se financer, les sociétés peuvent émettre des obligations qui sont des titres de créance. Les obligations confèrent les mêmes droits de créance à leurs porteurs pour une même valeur nominale. Le recours à ces titres hybrides a donné lieu à un mouvement de simplification.

199. Les titres subordonnés sont assimilés par les agences de notation à des fonds propres car ils ne seront remboursés qu'à l'échéance prévue au contrat d'émission qui peut être calquée sur

celle de la société voire une durée plus longue. Les opérations sur les valeurs mobilières constituent l'un des domaines de l'imagination des ingénieurs financiers. Ce qui fait que les obligations de par leur valeur économique constituent l'autre ensemble des objets de l'intégrité financière, caractérisés par leur nature circulatoire.

200. Finalement, la masse monétaire ne s'entend plus des seuls billets de banque et des pièces, mais peut également comporter un certain nombre de titres financiers. L'inclusion de ceux-ci est facilitée d'une part, par le concept juridique de la monnaie qui veut que par sa structure celle-ci puisse circuler. Et d'autre part, par la nature patrimoniale des obligations. A l'occasion de leur recherche de financement les sociétés imaginent des montages favorisant la circulation des titres financiers et incidemment des obligations. La circulation est rendue possible, en plus de la confiance qui prévaut, par les contreparties monétaires qui sont elles-mêmes régies par le principe du nominalisme. Toutefois, lors de la circulation des obligations les techniques et les montages mis en œuvre font l'objet de nombreux tempéraments trouvant leur source dans le droit civil. Ainsi, certaines techniques de transfert ou de montages peuvent être sanctionnées par une nullité lorsqu'il ne respecte pas les principes présidant à la circulation des valeurs mobilières. Les Autorités de marché portent une attention particulière au respect de certaines règles organisant la circulation des titres financiers, mais cette circulation peut également donner lieu à la mise en œuvre de sanctions pénales dès lors que certains montages tombent sous le coup d'incriminations pénales relatives à la protection de l'épargne des investisseurs.

Titre 2. Les régimes protectionnistes de l'intégrité financière

La circulation des objets et des signes monétaires constitue un mécanisme social dont il convient de préserver l'intégrité. Ainsi, l'intégrité financière naît avec la protection de la propriété du patrimoine (chapitre 1). La circulation de la monnaie est rendue possible, dans une certaine mesure, par l'utilisation de l'information. Aussi, l'intégrité financière naît également avec la protection des informations fondant la circulation des obligations (chapitre 2).

Chapitre 1. Protection de la propriété du patrimoine

201. Dans son aspect passif l'obligation est une dette dans le patrimoine. Dans son aspect actif, l'obligation est une créance. Les patrimoines sont constitués de biens, de monnaie fiduciaire ou de titres financiers. Les personnes sont dépositaires d'un certain nombre de droits sur les biens qu'elles possèdent. Ces droits déterminent les conditions de négociabilité ou de circulation des obligations afin de les éteindre ou de les faire passer d'un patrimoine à un autre. Les droits exercés sur les biens sont généralement érigés en raison de la reconnaissance du droit de propriété. Ce qui implique que la protection du patrimoine est en réalité une protection du droit de la propriété qui est elle-même traduite par une protection des droits réels (section1). La protection de la propriété s'entend notamment des conditions dans lesquelles l'on peut procéder au partage ou au transfert des titres de propriété. Dans le cadre des relations d'affaires ou commerciales, le patrimoine des personnes a été considéré par le prisme des valeurs mobilières par lesquelles s'opèrent à la fois le détachement et le transfert de la propriété. Les valeurs mobilières affectent le patrimoine des personnes tant dans la part des créances que dans la part des dettes qu'elles représentent. D'où il importe que la détermination du régime protecteur de l'intégrité financière s'intéresse à la protection des droits sociaux (section 2), par la norme pénale.

Section 1. Protection des droits réels

202. Les droits réels désignent l'ensemble des droits que les personnes exercent sur les biens constituant leur patrimoine. La protection du patrimoine posée par la notion d'intégrité financière nécessite que l'on considère ces droits réels. Ceux-ci sont la traduction juridique de la volonté de posséder ou non un bien. Le régime de protection de la circulation des obligations monétaires et de l'argent implique donc dans un premier temps la protection de la possession des biens (I). Dès lors que les protections de la volonté de posséder un bien sont posées, la personne peut vouloir en disposer autrement en se dépossédant temporairement de la propriété d'un bien. Cette dépossession peut se faire à l'occasion d'un ensemble de remises temporaires (II).

I. Protection de la possession des biens

La protection de la possession des biens consiste en la protection de la volonté de posséder (1) et en la protection du consentement dispositif (2).

1. Protection de la volonté possessive

203. L'intégrité patrimoniale naît de la protection du patrimoine d'autrui. La norme pénale reconnaît l'intégrité patrimoniale en protégeant la volonté et le consentement d'autrui sur ses

biens corporels ou non. Les détournements et appropriations frauduleux incriminés par le Code pénal peuvent avoir pour contexte les relations d'affaires en plus de celles définies par le droit commun. L'analyse des différentes incriminations protégeant la propriété d'autrui met en lumière les liens juridiques et les mécanismes sur lesquels se fonde le régime protégeant le patrimoine des personnes.

204. Les différentes catégories d'atteintes juridiques aux biens tiennent à la façon dont se commet l'atteinte à la propriété ou aux biens d'autrui. Ainsi, cette atteinte peut soit résulter d'un déni de la volonté du propriétaire du bien, soit résulter d'une manœuvre visant à manipuler la liberté de son consentement. La volonté de posséder un bien est d'emblée présumée tant que le propriétaire du bien n'a pas manifesté sa volonté d'en transférer la propriété à autrui. Ce transfert peut avoir lieu à titre onéreux ou à titre gratuit. Or, la volonté et le droit du propriétaire de garder le bien dans son patrimoine peuvent lui être niés à l'occasion d'un acte ou d'une opération diminuant son patrimoine contre son gré et niant ses droits sur le bien dont il est dépossédé. Ainsi l'incrimination du vol protège-t-elle la volonté possessive du propriétaire du bien.

205. L'article 311-11 du Code pénal dispose que « *le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui* ». La qualification de vol nécessite que soit préalablement reconnue l'existence d'un bien mobilier et matériel dans le patrimoine d'autrui. Ensuite, il faut que le bien ou la chose fasse l'objet d'une soustraction dont l'intention est établie. Bien que l'existence du bien ne soit pas posée par l'article 311-11, elle se conçoit aisément. Le fait est que le vol se commet par une soustraction. Or, celle-ci suppose que la chose objet du délit puisse être déplacée d'un patrimoine vers un autre. Ce qui entraîne que seuls les biens meubles peuvent faire l'objet d'un vol, à l'exception des immeubles par destination qui sont susceptibles d'enlèvement.

206. L'idée de préhensibilité sous-tendue par l'exigence de la matérialité de la chose soustraite a perdu sa validité du fait des évolutions de la jurisprudence. Ainsi, la chambre criminelle a fondé le vol sur la soustraction de l'*instrumentum,* de sorte que la qualification de vol puisse être retenue à l'occasion de la soustraction d'un bien corporel ou incorporel. En conséquence on peut voler l'*instrumentum* constatant un droit mais non le droit lui-même, tout comme il est possible de voler le support d'une information ou d'une idée sans que l'information ou l'idée soit elle-même volée. L'idée de préhensibilité reste ainsi conservée sans pour autant qu'il y ait de confusions possibles avec les soustractions frauduleuses incriminées par l'abus de confiance ou l'escroquerie.

207. Le juge pénal est parfois amené à se prononcer sur des conflits de propriété relatifs à la qualification de vol. C'est ainsi que l'exception de propriété permet de rappeler la nécessité de l'altérité dans la qualification de vol. En effet, si l'agent est propriétaire de la chose qu'on lui reproche d'avoir volée, la qualification de vol est juridiquement impossible faute d'atteinte à la propriété d'autrui. Bien que la propriété soit une notion de droit civil, le juge pénal fait preuve de beaucoup d'autonomie dans son appréciation des règles relatives à la propriété. Ainsi, dans le droit civil de la vente le transfert de propriété s'opère *solo consensu* par seul accord sur la chose et sur le prix. Or, dans les ventes au comptant, le vendeur n'entend pas transférer la propriété tant qu'il n'est pas payé. Le juge pénal a donc posé que le fait de s'approprier une chose sans en payer le prix est constitutif d'un vol puisque dans le cadre des ventes au comptant la remise définitive de l'objet vendu n'est consentie par le vendeur qu'au moment du versement du prix[349].

208. La notion de soustraction n'est pas non plus précisée par le texte incriminant le vol. La jurisprudence définit la notion de soustraction par son appréhension matérielle et juridique. La première est définie par la chambre criminelle comme le fait « *de prendre, enlever, ravir une chose à l'insu et contre le gré du propriétaire*[350] ». Cette définition permet de se saisir des vols dits classiques tels que les cambriolages et les pickpockets par exemple. En outre, cette définition exclut du champ de la qualification de vol toute chose qui aurait été préalablement remise à l'agent avant d'être « volée ». Cette restriction a été à l'origine de l'incrimination de la filouterie ou de l'apparition des soustractions juridiques. Ces dernières sont admises bien qu'il y ait une remise de la chose. Le caractère juridique tient à ce qu'il faut rechercher si le remettant a voulu ou non transférer la propriété de la chose qu'il a remise. C'est la volonté du transfert ou de la possession qui détermine la qualification car en matière de meuble, la possession vaut titre de propriété[351]. Autrement dit, c'est la volonté de la personne ayant remis la chose qu'il convient de considérer avant de conclure à la soustraction juridique. Celle-ci va se fonder sur la distinction opposant les remises volontaires et involontaires ou sur la décomposition de la remise de la détention et la remise de la possession.

209. Les remises volontaires consistent pour le remettant à vouloir transférer la possession au bénéficiaire de la remise. Pourtant, il est convenu de les exclure du champ de la qualification de vol puisqu'on ne peut pas voler une chose dont on est possesseur. Les remises involontaires sont quant à elles des remises par lesquelles le remettant n'a pas voulu transférer la possession. La qualification de vol tient au fait de s'arroger indûment la possession d'une chose dont on n'est

[349] Crim., 4 juin 1915, Bull. 262
[350] Crim., 18 nov. 1837, Bull. 405
[351] Article 2276 du Code civil

pas possesseur. A ce titre, la jurisprudence retient trois catégories de remises caractérisées par l'erreur, le dol et les clauses de réserve de propriété.

Ainsi, les remises par erreur sont exclusives du vol. L'explication tient au fait que les remettants sont tenus à une obligation de vérification avant de procéder à la remise. L'erreur est donc imputable au remettant. La remise à laquelle il a procédé et le bénéfice de la chose qu'elle emporte trouve leur cause dans la propre erreur fautive du remettant. Or, le juge pénal ne protège pas les distraits, les remises par erreur se trouvent donc exclues du vol.

210. Les remises provoquées par le dol ne sont passibles de la qualification de vol que si le dol qui en est la cause n'est pas constitutif de manœuvres frauduleuses. Celles-ci ont souvent expliqué les revirements de la jurisprudence qui soit incriminent les remises par dol par la qualification de vol, soit considèrent que ces remises sont volontaires. Dans les décisions ayant conclu à une remise volontaire malgré le dol qui l'a provoquée, la remise demeure volontaire tant que le remettant a manqué à son obligation de vérifier le bien-fondé de la réclamation qui lui est faite. Dans les décisions ayant considéré que la remise était involontaire, il apparaît que le bénéficiaire de la remise avait sciemment et systématiquement induit en erreur le remettant, de sorte que cette erreur était imputable au bénéficiaire de la remise et non au remettant[352].

211. Les clauses avec réserve de propriété sont souvent rencontrées dans les contrats de vente. Les remises faites avec clauses de réserves de propriété dans le cadre de ces contrats sont des remises par lesquelles le remettant n'entend pas transférer la propriété du bien qu'il remet. Ces remises sont involontaires puisque le vendeur se réserve la propriété qui n'est pas transmise à l'acheteur. Il convient donc d'exclure la qualification de vol par la voie de la soustraction juridique. Selon la chambre criminelle, la qualification de vol est exclue au motif que « *la vente d'un bien mobilier, assortie d'une clause de réserve de propriété, s'accompagne d'une remise volontaire de la chose, exclusive de toute appréhension frauduleuse du bien par l'acquéreur, au cas de résolution du contrat* ». Cette solution tient sa justification dans le fait que le vendeur qui se réserve la propriété entend essentiellement se réserver une sûreté. Il n'entend pas se réserver la possession qu'il transfère à l'acheteur. Or, le vol consiste à usurper les prérogatives de la possession. On comprend donc que l'admission d'une soustraction, fût-elle juridique, soit exclue lorsque, dans le cadre d'une vente avec réserve de propriété, l'acquéreur conserve la chose qu'il

[352] Marie-Paule LUCAS de LEYSSAC, ALEXIS MIHMAN, *droit pénal des affaires, manuel théorique et pratique, Ed.* Economica 2009 P.14

doit restituer à la suite de la résolution du contrat. La solution se pose avec d'autant plus de vigueur, en dépit de la réserve, que le vendeur lui a transféré la possession de la chose[353].

212. La remise volontaire d'une chose peut être assortie d'un transfert momentané de la détention. La qualification de la soustraction juridique n'est fondée que si la décomposition entre la remise de la simple détention et la remise de la possession est faite. Elle nécessite de distinguer le *corpus* correspondant au pouvoir de manier la chose et l'*animus domini* correspondant à la conscience d'être propriétaire. Si la remise de la chose ne porte que sur le *corpus,* elle ne transfère que sa détention matérielle. L'agent usurpe la propriété mobilière d'autrui dès lors qu'il s'arroge indûment l'*animus domini* en se comportant comme le véritable possesseur d'un bien mobilier dont la propriété ne lui a pas été transférée. C'est ce que pose la chambre criminelle en énonçant que « *la détention purement matérielle, non accompagnée de la remise de la possession, n'est pas exclusive de l'appréhension frauduleuse au sens de l'article 311-1 CP* ».

213. L'article 121-3 et l'article 311-1 du Code pénal requièrent un élément intentionnel à la qualification de vol. Il est de fait exigé un dol spécial en plus d'un dol général. Ce dernier suppose d'abord la conscience de la propriété d'autrui. L'erreur de fait peut donc être une raison d'écarter la qualification de vol. Tel est le cas si l'on emporte de bonne foi une chose dont on se croit propriétaire alors qu'elle appartient à autrui, le dol général supposant également la conscience d'agir contre le gré du propriétaire. Un dol spécial est désormais exigé à la qualification de vol depuis que sont apparues les soustractions juridiques fondées sur la décomposition remise de la détention et remise de la possession.

214. Dans le cadre de ces soustractions, le vol consiste à s'arroger indûment l'*animus domini*, ce qui suppose une volonté d'appropriation de la chose dont on est simplement détenteur. Dès lors que l'agent intègre la chose d'autrui dans son patrimoine ou s'arroge l'une des prérogatives du droit de propriété, il offre les éléments permettant de caractériser un dol spécial. D'ailleurs, les vols dits d'usage trouvent leur fondement dans ce raisonnement, puisque les auteurs de tels vols se voient reprochés de s'être comportés en propriétaires d'une chose dont ils ne sont pas les maîtres[354].

215. L'intérêt de la qualification de vol réside dans le fait qu'elle permet d'établir quelques-uns des éléments par lesquels la norme pénale édifie la notion d'intégrité patrimoniale. Ainsi, par le vol, la norme pénale pose en premier lieu la reconnaissance du lien juridique entre autrui et son patrimoine. La reconnaissance de ce lien juridique naît de la protection de la volonté de posséder

---

[353] *Ibid.*

[354] Crim., 12 mars 1970, D. 1970, J. p. 385, note M. DELMAS-MARTY.

ou non un bien. La qualification de vol est retenue dès lors qu'il est établi que l'agent a intégré la chose d'autrui dans son patrimoine ou s'arroge l'une des prérogatives du droit de propriété. La qualification de vol permet à la norme pénale de poser l'altérité comme un des éléments conduisant à l'édifice de l'intégrité patrimoniale. Cet élément se déduit du fait que dans les éléments intentionnels déterminant la qualification, la conscience de la propriété d'autrui est posée comme une condition *sine quanon.* En définitive, par la qualification de vol, la norme pénale amorce la définition de l'intégrité patrimoniale par les différentes voies de protection du patrimoine d'autrui. Celles-ci sont circonscriptibles dans la protection de la volonté de posséder, dans la protection des prérogatives de la possession et dans celle de la conscience de la possession d'autrui.

216. Depuis l'admission des soustractions juridiques, la qualification de vol peut entrer en conflit de qualification avec d'autres atteintes juridiques aux biens telles les extorsions, l'escroquerie et l'abus de confiance. Les conflits avec l'escroquerie peuvent concerner les remises provoquées par le dol, tandis que les conflits avec l'abus de confiance peuvent concerner les détournements commis par des salariés dans le cadre de leur contrat de travail. Le conflit peut également naître de l'hypothèse dite des retentions injustes. Cependant, il convient de poursuivre l'analyse de la protection possessive en considérant le cas particulier des soustractions nées des extorsions. L'avantage convoité par l'auteur d'une extorsion est le plus souvent patrimonial, même si depuis une loi du 2 février 1981 l'objet des extorsions n'a pas forcément d'incidence sur le patrimoine de la personne qui en est victime. Ainsi, l'intérêt des extorsions dans notre étude devient double, puisqu'il met en lumière les atteintes à la liberté de décision en plus des atteintes au patrimoine.

217. L'article 312-1 du Code pénal définit l'extorsion comme « *le fait d'obtenir par violence, menace de violence ou contrainte, soit une signature, un engagement, une renonciation, soit la révélation d'un secret, soit la remise de fonds de valeur ou d'un bien quelconque* ». Cette incrimination cible notamment les extorsions, avec violence ou menaces de violence contre les biens ou les personnes. L'extorsion violente se commet en usant de violences ou de menaces de violences, avec la finalité de contraindre la victime à remettre un bien convoité. Le texte incriminant l'extorsion ne précise pas la nature des violences. Celles-ci peuvent être physiques et exercées contre les personnes, contre leurs biens ou contre leurs proches. Il convient de noter que l'extorsion avec violence se distingue du vol aggravé dans la mesure où dans celui-ci la violence est le moyen de soustraction alors que dans l'extorsion la violence est le moyen de contrainte qui conduit la victime à remettre elle-même l'objet convoité.

218. Des conflits de qualification peuvent naître suivant la nature de la violence exercée dans l'extorsion, notamment lorsqu'elle consiste en une menace de crime ou de délit contre les personnes. Un premier conflit peut être relevé avec l'infraction de menaces de l'article 222-17 du Code Pénal. Mais, en raison de la finalité constituée par l'obtention de la remise de la chose convoitée, il y a lieu de retenir le délit plus spécial d'extorsion avec violence. Un second conflit existe avec l'article 222-18 du Code Pénal qui punit de trois ans d'emprisonnement les menaces de commettre un crime ou un délit contre les personnes quand elles sont faites avec l'ordre de remplir une condition. Pour la doctrine, si les menaces sont faites avec l'ordre de remettre un des biens visés par l'article 312-1 du Code Pénal dans un bref délai, c'est la qualification d'extorsion qui doit être retenue. En revanche, si les menaces sont faites avec l'ordre de conduire l'auteur de celles-ci en un lieu déterminé, la qualification de l'article 222-18 est la seule possible[355].

219. L'extorsion s'appuie également sur la contrainte comme moyen. Cette contrainte peut résulter de la crainte pour l'intégrité physique de la personne ou de ses biens que font naître les menaces de violences. La contrainte peut également être morale en ayant une cause autre que la crainte pour l'intégrité physique. Si par contre la contrainte morale tient à la pression psychologique à laquelle est soumise la victime par suite de menaces dont elle fait l'objet, la qualification d'extorsion non violente ou de chantage paraît être celle qu'il convient de retenir. D'autre part, pour qu'il y ait contrainte morale au sens de l'extorsion violente, il faut que cette contrainte soit d'une intensité significative. L'admission de la contrainte morale dépend des circonstances d'espèces. Il s'agit en fait d'apprécier les capacités de résistance physique ou psychique de la victime face aux moyens qui sont employés pour la déterminer à la remise convoitée.

220. L'appréciation selon les circonstances d'espèces n'est pas sans faire un conflit de qualification avec les délits d'abus de faiblesse incriminés à l'article 223-15-2 CP et à l'article L.122-8 du Code de la consommation. Ce conflit suppose que la victime soit dans une situation de faiblesse visée par les textes et qu'elle ait procédé, ou que l'agent ait entrepris de la contraindre à procéder, à une des remises visées par l'extorsion. Pour certains auteurs, la résolution de ce conflit dépend du pouvoir d'appréciation des juges du fond. Si les pressions exercées sur la victime ont été renouvelées et caractérisées, ils peuvent préférer la qualification de contrainte, constitutive de l'extorsion violente. Si elles ont été plus « légères », la qualification d'abus de faiblesse devrait être seule possible.

---

[355]Marie-Paule LUCAS de LEYSSAC, ALEXIS MIHMAN, *droit pénal des affaires, manuel théorique et pratique, Ed.* Economica 2009 P.14

En fait, dans les extorsions, les moyens employés ont des finalités à la fois psychologiques et matérielles. La finalité psychologique est la contrainte. De par les moyens employés, la victime est soumise à une crainte pour son intégrité physique, sa liberté, ses biens. Cette crainte est destinée à contraindre la victime à « consentir » la remise de la chose convoitée. C'est dans cette finalité que se cristallise l'élément intentionnel. Celui-ci réside dans la conscience de l'agent de l'absence de liberté dans laquelle la victime procède à la remise. La finalité matérielle vise quant à elle l'obtention de l'avantage convoité, celle-ci consomme le délit. L'avantage convoité doit avoir pour objet une signature, un engagement ou une renonciation. L'extorsion de signature peut aller de pair avec celle de l'engagement dans le but de créer des obligations pour le souscripteur. Les renonciations correspondent elles à des actes par lesquels la victime renonce aux droits qui sont les siens.

221. Par ailleurs, l'extorsion peut avoir des incidences sur le patrimoine de la victime de sorte qu'elle est constitutive d'une atteinte aux biens. Cette incidence patrimoniale était d'abord requise par le texte d'incrimination qui précisait que les extorsions devaient emporter obligation à disposition ou à décharge. Cependant, cette précision n'est plus une condition de qualification, le texte visant également les signatures, les engagements et les renonciations sans qu'il soit démontré une quelconque incidence patrimoniale. L'absence de démonstration n'exclut pas l'intérêt que représente une incidence sur le patrimoine de la victime. Ainsi, à défaut d'une présomption d'incidence sur le patrimoine, l'extorsion revêt le caractère d'un délit formel, renforçant de la sorte la protection de la liberté ou de la volonté d'autrui. Par exemple, il est envisageable que l'extorsion ait pour objet un secret. Ce dernier est une information et est susceptible d'appropriation frauduleuse par la voie des extorsions, mais pas sous la qualification de vol. Le patrimoine redevient alors l'objet des extorsions puisqu'elles peuvent porter sur des fonds, des valeurs ou des biens quelconques. Ce dernier terme permet de retenir les valeurs incorporelles quelle que soit leur consistance. Lorsque les extorsions concernent des fonds, des valeurs ou des biens quelconques, elles constituent des atteintes aux biens. Ce qui implique la nécessité que les objets de l'extorsion appartiennent à autrui. Cette condition de propriété d'autrui est remplie lorsque le bien obtenu par violence est la propriété de la victime ou d'un tiers. Cette condition de propriété d'autrui est toutefois exclue si le bien obtenu ou réclamé par violence appartient à l'auteur de celle-ci, il n'y a, dès lors, pas d'atteinte à la propriété.

222. L'article 312-10 CP dispose que « *le chantage est le fait d'obtenir en menaçant de révéler ou d'imputer des faits de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération, soit une signature, un engagement ou une renonciation, soit la révélation d'un secret, soit la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque* ». Le chantage constitue une forme d'extorsion non

violente. Dans le chantage, la remise convoitée est recherchée à l'aide de menaces faisant naître chez la victime la crainte de voir révéler des faits qu'elle préfère garder secrets en raison des conséquences que pourrait avoir leur révélation sur son honneur ou sa considération, sur sa tranquillité ou la stabilité de sa vie publique ou privée. Le chantage marque ainsi la protection pénale de la volonté de posséder, mais cette protection peut être prolongée dans la disposition des choses.

2. Protection du consentement dispositif

223. Les atteintes au patrimoine d'autrui ne passent pas forcément par des voies contraignantes ou violentes. Il existe des procédés par lesquels un agent peut être amené à se déposséder sans qu'il soit besoin de faire usage de procédés violents, c'est le cas des escroqueries dont l'étude permet d'apporter de nouveaux éléments à la protection du patrimoine.

224. L'article 313-1 CP définit l'escroquerie comme *« le fait, soit par usage de faux nom ou de fausse qualité, soit par abus de qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge »*. L'escroquerie est une infraction dite complexe, sa réalisation nécessite la mise en œuvre de plusieurs actes de nature différente. Sa commission suppose que l'agent ait employé des moyens frauduleux pour tromper sa victime et la déterminer à la remise du bien qu'il convoite.

225. L'escroquerie passe par un mensonge portant soit sur le nom ou la qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie. Le mensonge sur le nom a pour but d'induire en erreur sur l'identité. Tandis que le mensonge sur la qualité consiste à se prévaloir d'une qualité dont on n'est pas dépositaire. Cette qualité peut être attachée à l'état civil, à la nationalité, à un titre professionnel, à une activité, à une situation sociale ; il peut également s'agir de fausses qualités juridiques. Cette dernière solution s'expliquerait par le fait que l'appel à un tiers dont l'agent se prétend faussement représentant est constitutif d'une manœuvre frauduleuse. L'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité est un délit d'action puisqu'il nécessite que l'agent ait posé un acte positif en se les ayant attribués à lui-même. Ce qui fait qu'il ne peut y avoir d'escroquerie par omission en vertu du principe de légalité criminelle qui pose qu'il n'y a pas de commission par omission. En conséquence, ne pas détromper une personne qui commet une erreur sur le nom ou la qualité d'un tiers à laquelle elle remet un bien ne peut exposer celui qui accepte la remise au grief de l'escroquerie. L'acceptant qui ne détrompe pas le remettant sur l'erreur faite sur son nom ou sa

qualité profite d'une abstention n'emportant pas attribution d'un faux nom ou d'une fausse qualité. L'abus de qualité vraie consiste quant à lui dans l'usage d'une véritable qualité inspirant confiance. Ce afin d'obtenir des fonds dont la remise est faussement reliée à cette qualité. Ainsi, un simple mensonge sur la cause de la demande de fonds est suffisant dès lors que cette demande est faite au titre de cette qualité.

226. Le texte incriminant l'escroquerie évoque également les manœuvres frauduleuses sans pour autant les préciser. La jurisprudence a conditionné l'existence de ces manœuvres frauduleuses à deux exigences générales et les regroupe en trois types. Ainsi, la jurisprudence pose comme première condition générale la nécessité d'un agissement positif. Celle-ci se déduit du terme « manœuvre », de sorte que des omissions ou des abstentions ne peuvent être constitutives de manœuvres frauduleuses. Ce terme a également pour conséquence que le simple mensonge ne suffit pas à caractériser l'escroquerie. Il faut en effet que la crédibilité du mensonge soit renforcée par des faits ou des éléments extérieurs venant le corroborer et lui donner force et crédit. Cependant, ce principe peut être relativisé. Tout d'abord, de simples mensonges, non constitutifs de manœuvres, peuvent tomber sous le champ de la loi pénale s'ils sont spécialement incriminés par un autre texte, tels ceux incriminés par les articles L.114-13 du Code de sécurité sociale et L.5124-1, L5429-1 du Code de travail. Ensuite, la jurisprudence pose la nécessité d'un renforcement du mensonge par l'intervention d'un tiers. Ce renforcement passe par deux exigences. Il faut d'abord que l'agent ait provoqué l'intervention d'un tiers corroborant le mensonge. L'intervention spontanée d'un tiers ne peut pas fonder la qualification de manœuvre même si elle a contribué à duper la victime. Il faut ensuite que le tiers qui intervient soit distinct et indépendant de l'auteur de l'escroquerie. La jurisprudence marque cependant son indifférence à certaines situations. Ainsi, il importe peu que le tiers renforçant le mensonge soit de bonne ou de mauvaise foi. Dans le premier cas il sera complice car il s'associe consciemment au mensonge de l'agent auquel il prête aide et assistance. Dans le second cas il ne se rend pas compte du rôle que l'escroc lui fait jouer et le grief de complicité ne peut être retenu, ce d'autant qu'il importe peu que l'auteur soit intervenu en personne dans l'opération ou en qualité d'auteur d'un écrit.

227. Conformément à l'article 313-1 CP les moyens frauduleux servant à la réalisation des escroqueries doivent avoir pour finalité de tromper la victime afin de la déterminer à remettre le bien convoité. Ainsi, le texte ne précise pas l'objet de l'escroquerie. Mais, celle-ci vise à faire croire à la victime que l'escroc a des pouvoirs, des capacités financières, des aptitudes qu'il n'a pas en réalité. C'est d'ailleurs ce que traduisait l'article 405 de l'ancien Code pénal qui précisait que les moyens frauduleux devaient être destinés à faire croire en une fausse entreprise, en un pouvoir ou crédit imaginaire ou à faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès ou de tout

autre événement chimérique. L'article 313-1 CP est venu simplement exiger que, par ses moyens frauduleux, l'agent ait trompé une personne physique ou morale. En outre, l'article 313-1 CP donne de façon limitative la liste des biens pouvant faire l'objet d'une remise résultant d'une escroquerie. Ainsi, ces biens peuvent être rangés en trois catégories. En premier lieu, il y a les fonds, les valeurs et les biens quelconques. Les fonds correspondent à de l'argent liquide, les valeurs désignant les valeurs mobilières, les bijoux, des lingots d'or, etc. Les biens quelconques regroupent à la fois les biens corporels et incorporels, à l'exclusion des immeubles par nature qui sont insusceptibles de remise. La seconde catégorie désigne les services. Dans ce cadre, les escroqueries consistent en l'obtention de prestations gratuites ou à prix réduits grâce à des moyens frauduleux. Enfin, dans la troisième catégorie figurent les actes opérant obligation ou décharge. Les actes opérant obligation sont ceux créant un lien de droit ayant pour effet de rendre la victime débitrice d'une obligation envers l'escroc. Les actes opérant décharge sont ceux dissolvant un lien de droit au préjudice de la victime et au bénéfice l'escroc.

228. L'énumération des biens susceptibles d'escroquerie évoque également les biens quelconques, pouvant inclure des immeubles. Cependant, la jurisprudence a depuis longtemps posé le principe selon lequel l'escroquerie ne peut porter sur des immeubles par nature, notamment dans un arrêt de la chambre criminelle du 15 juin 1992 et du 27 mars 1995. Mais, l'escroquerie peut toujours avoir pour objet le titre de propriété ou d'acquisition d'un immeuble ainsi que le prix d'un immeuble qui a pu être augmenté par des manœuvres frauduleuses. Ensuite, une loi du 18 mars 2003, par l'article 133-6-1 CP incrimine la mise à disposition frauduleuse du bien immobilier d'autrui. L'énumération des choses susceptibles d'escroquerie amène ainsi à observer que l'escroquerie est une infraction protégeant la propriété d'autrui et suppose de ce fait un préjudice. Par ailleurs, l'objet de l'escroquerie doit avoir une valeur patrimoniale qui peut consister en une information exploitable[356].

229. L'ancien Code pénal requerrait que l'escroquerie soit constitutive d'un préjudice à la fortune d'autrui, posant ainsi l'exigence d'un préjudice patrimonial. Mais, la jurisprudence avait admis que le délit pouvait être constitué dès lors que la remise avait été déterminée par des moyens frauduleux, indépendamment de tout préjudice patrimonial. L'explication tient au fait que même si l'escroquerie est une atteinte aux biens, elle passe préalablement par une atteinte au consentement. En outre, le droit de propriété confère à son titulaire une maîtrise absolue et discrétionnaire de sa transmission. Le délit peut donc être constitué si la remise a été frauduleusement obtenue par des personnes auxquelles le propriétaire des biens ne voulait pas les

[356] Michelle Laure Rassat, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 1996, n°98

transmettre. Ainsi, il importe peu que le propriétaire ait matériellement eu un dommage puisqu'il y a atteinte à son droit de disposer comme il l'entend de sa fortune. C'est en raison de la protection du consentement que la jurisprudence considère que le préjudice est réalisé dès lors que la remise du bien n'a pas été librement consentie mais obtenue par des manœuvres frauduleuses[357]. Toutefois, dans un arrêt de la chambre criminelle du 26 octobre 1994 il a été admis qu'il n'y a pas d'escroquerie tant que les manœuvres frauduleuses ne portent pas atteinte à la fortune d'autrui. Cet arrêt peut laisser penser qu'il y a un abandon de la jurisprudence protégeant le consentement. Mais, cet arrêt de 1994 était relatif à la délivrance de titre de séjour n'entrant pas dans le patrimoine ou la fortune de l'administration car les biens en question n'ont pas de valeur marchande et n'entraient pas dans la catégorie des biens susceptibles d'escroquerie. La jurisprudence protégeant le consentement reste donc valable dans la mesure où les moyens frauduleux portent atteinte au droit discrétionnaire de disposer de leur fortune. D'ailleurs, la protection du consentement est aussi l'objet de la répression de l'abus de confiance et de ses infractions voisines. L'incrimination de l'escroquerie a l'intérêt d'énumérer l'ensemble des biens ou droits pouvant composer le patrimoine d'autrui. A ce titre, à l'instar des extorsions, et du vol, l'escroquerie permet de consacrer la liberté de consentement d'autrui.

230. On peut observer que la protection accordée au patrimoine par la norme pénale s'articule autour de l'altérité et de la volonté. Plus concrètement, il s'agit de reconnaître les liens juridiques qui existent entre autrui et son patrimoine, et de valider sa volonté d'en garder librement la possession. Cette reconnaissance juridique passe ainsi par une protection pénale de la propriété. Il s'agit de rechercher si le remettant a voulu ou non transférer la propriété de la chose qu'il a remise ou qu'il n'a plus en sa possession. C'est dans cette recherche que les vols dits d'usage ont trouvé leur fondement et les extorsions ont contribué à sanctionner les atteintes à la liberté de décision en plus des atteintes au patrimoine de la victime. La reconnaissance de la propriété surgit également dans l'élément intentionnel du vol qui suppose la conscience de la propriété d'autrui ; de même que dans les extorsions l'élément intentionnel réside dans la conscience de l'agent de l'absence de liberté dans laquelle autrui procède à la remise de la chose convoitée par l'auteur de l'extorsion. La norme pénale entame ainsi la définition de *l'intégrité* patrimoniale par une protection de la volonté de garder la possession des éléments constituants le patrimoine d'autrui, que ces éléments soient matériels, incorporels ou simplement représentatif de droits. La volonté de posséder peut aller de pair avec celle de disposer. Il faut dire que les biens possédés peuvent faire l'objet de transfert d'un patrimoine à un autre. Ce transfert peut être volontaire ou causé par

[357] Crim., 15 janvier 1992

des manœuvres réprimées par la norme pénale. Cette répression peut intervenir dès lors que dans les remises volontaires il y a une atteinte à l'élément de précarité.

II. Protection des remises précaires

La protection des remises précaires se traduit par une protection des remises sans effet translatif de propriété (1) et par la protection des remises constitutives de sûretés (2).

1. Remises sans effet translatif de propriété

231. *« Le fait par une personne de détourner au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou bien quelconque, qui lui auraient été remis et qu'elle aurait acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé »* constitue un abus de confiance, selon les termes de l'article 314-1 CP. L'abus de confiance n'a lieu d'être que s'il porte sur des biens ayant fait l'objet d'une remise préalable et qui ont été acceptés à charge de les rendre ou d'en faire un usage déterminé. Il existe une énumération légale des biens sur lesquels porte l'abus de confiance. D'abord, il s'agit des fonds, c'est-à-dire les numéraires qui peuvent être remis en espèces, par virement, ou par chèque. Ensuite, il y a les valeurs et les biens quelconques. Ces biens doivent être mobiliers, corporels ou incorporels, des corps certains ou des choses fongibles. Cette énumération exclut du champ de l'abus de confiance les immeubles car la propriété immobilière n'est pas exposée aux mêmes dangers que la propriété mobilière. Cette dernière entraîne le plus souvent une disparition des biens ou des fonds qui ont été confiés, détournés ou dissipés, alors que le droit du propriétaire d'un immeuble lui laisse la possibilité de le reprendre grâce au droit de suite et de faire annuler les actes consentis a *non domino*. L'abus de confiance ne peut donc porter que sur des biens meubles[358] qui doivent avoir une certaine valeur.

232. Dans un arrêt de la chambre criminelle du 8 décembre 1971, il avait été posé que l'article 314-1 CP s'appliquait à un bien quelconque et pas seulement à un bien corporel. En 2004, un arrêt a rendu que le délit pouvait porter sur une création intellectuelle[359]. De même, dès lors que des droits ont une valeur patrimoniale, ils peuvent faire l'objet d'un abus de confiance[360]. Le droit civil considère par exemple que le propriétaire de biens fongibles qui en transfère la jouissance à un tiers perd sa qualité de propriétaire et devient un simple créancier d'une obligation de restitution ou de remboursement. Le droit pénal, par l'abus de confiance, protège le droit réel de propriété mobilière si celui-ci a été conservé par le propriétaire du bien remis. En conséquence, si

[358] Crim., 10 octobre 2001
[359] Crim., 22 septembre 2004
[360] Crim., 30 mai 1996

le bien objet de la remise est un bien fongible, dont la jouissance a été transférée, en contrepartie d'un droit de créance et qu'est méconnu ce droit par inexécution de l'obligation de restitution ou de remboursement, la responsabilité civile peut être engagée mais non la responsabilité pénale au titre du grief d'abus de confiance. Si la jouissance du bien fongible remis, à charge de le restituer, n'a pas été transférée au bénéficiaire de la remise, le délit demeure possible.

233. Contrairement au vol ou aux escroqueries, l'abus de confiance nécessite que la remise du bien soit volontaire, librement consentie. Elle se distingue des remises qui ont préalablement vicié le consentement. La remise volontaire tient à ceci qu'elle est faite à titre contractuel, judiciaire ou légal. L'article 314-1 CP précise que la remise doit avoir été acceptée à charge de rendre le bien ou d'en faire un certain usage, sans situer dans quel cadre doit se faire cette remise. Ainsi, un arrêt du 18 octobre 2000 déclare que l'abus de confiance ne suppose pas nécessairement que les sommes aient été remises en vertu d'un contrat[361].

234. L'élément essentiel dans la remise pouvant conduire à la qualification d'abus de confiance est la précarité. Celle-ci signifie que la remise doit avoir été faite à charge de restituer le bien qui en est l'objet ou de faire de celui-ci un usage bien déterminé. Cette exigence de précarité a, sous l'empire de l'article 408 de l'ancien Code pénal, conduit la jurisprudence à exclure de la catégorie des remises précaires les remises qui avaient juridiquement eu un effet translatif de propriété. Le législateur avait voulu souligner que le délit sanctionnait les atteintes portées au droit réel de propriété mobilière qu'avait conservé le remettant, et non l'inexécution de l'obligation contractuelle de restitution ou d'usage déterminé du bien confié qui assortissait la remise[362].

235. Depuis 2007, la chambre criminelle a posé en principe que le non remboursement d'un prêt d'argent ne peut pas être constitutif d'un abus de confiance, au motif que ce délit ne peut porter que sur des fonds remis à titre précaire[363]. Cette jurisprudence reprend les solutions déjà inspirées par l'article 408 de l'ancien Code pénal. Ce qui revient à dire que la propriété continue à primer sur celle de la foi contractuelle. Il est à noter que c'est au moment de la remise que la condition de précarité doit être remplie. Elle doit subsister après la remise pour que le délit soit possible. Il faut distinguer le traitement fait des remises faites dans le cadre d'un contrat suivi d'une remise en propriété et non précaire, des contrats suivis d'une remise précaire.

---

[361] Crim., 6 septembre 2000

[362]Marie-Paule LUCAS de LEYSSAC, ALEXIS MIHMAN, *droit pénal des affaires, manuel théorique et pratique, Ed.* Economica 2009 P.89 &133

[363] Crim., 14 février 2007, *AJ pénal 2007, p.275 obs. Y Muller, Dr. Pén. 2007, comm. 84, obs. M. Véron*

Dans le premier type, il s'agit des contrats ayant pour objet des biens fongibles dont la jouissance a été transférée au bénéficiaire de la remise et des contrats de vente qui sont suivis d'une résolution pour non-paiement du prix ou conclus sous condition résolutoire de revente. Au titre de ces contrats, on peut dénombrer le dépôt et le mandat. S'agissant du dépôt, le cas d'un banquier n'ayant pas restitué les fonds déposés dans un compte à terme permettant au banquier de disposer librement des fonds déposés à charge de restituer à l'échéance une somme équivalente. Ce compte était exclusif de toute notion de mandat et s'analysait comme un dépôt irrégulier n'entrant pas dans les prévisions de l'article 408 de l'ancien Code pénal.

S'agissant du mandat ayant pour objet de l'argent, on est également conduit à distinguer. Si les sommes confiées au mandataire l'ont été pour qu'il les affecte à une opération déterminée, elles peuvent être l'objet d'un abus de confiance car le mandataire n'a pas le droit de disposer des sommes confiées. Si le mandat ne comporte aucune clause d'affectation de l'argent remis, il peut être considéré comme donnant au mandataire le droit d'user des fonds qu'il a reçus, de sorte que la qualification d'abus de confiance est alors exclue, au motif que la remise des fonds a emporté au profit du mandataire, un droit de jouissance sur ceux-ci, générateur en raison de la fongibilité des biens mobiliers en cause, d'un transfert de propriété[364].

236. Concernant les contrats de vente suivis de résolution pour non-paiement du prix, la résolution a pour conséquence que l'acquéreur doit restituer le bien objet du contrat. Mais, par l'effet de la vente, la propriété de ce bien avait été transférée à l'acquéreur. Or, la condition de précarité doit être remplie au moment de la remise. L'obligation de restitution trouvant sa cause dans la résolution ne peut donc pas être pénalement protégée par l'abus de confiance ; ce aussi bien pour les ventes au comptant que pour les ventes à crédit ordinaires ou assorties d'une clause de réserve de propriété. Par cette dernière, le vendeur se réserve une sûreté réelle au cas où l'acquéreur serait soumis à une procédure collective. Il ne conserve pas sur le bien vendu les prérogatives que donne la possession, car elles sont transférées à l'acquéreur.

237. Dans le cadre de l'abus de confiance la remise est faite en propriété et n'est pas une remise précaire, de sorte que cette qualification est aussi exclue. Les contrats de vente sous condition résolutoire de revente ont lieu quand un fabricant confie pendant un certain temps des biens à des intermédiaires pour que ceux-ci les revendent à un prix fixé par ce fabricant. La qualification de vente a pour conséquence que la remise est faite en propriété de sorte que le délit est exclu en cas de non restitution des invendus ou en cas de non restitution du prix. Cependant, suivant la jurisprudence de 2007 la qualification d'abus de confiance peut être exclue dès lors que

[364] *Ibid.*

la remise emporte un transfert de propriété. Le délit d'abus de confiance protège contre les atteintes au droit réel de propriété mobilière que conserve le remettant d'un bien. Ce délit suppose la conscience ou la volonté de méconnaître ce droit. Le défaut de restitution ou l'usage contraire à celui qui était convenu ne peuvent être constitutif de détournement que si le bénéficiaire de la remise a voulu se comporter en maître de la chose dont il n'a que la possession précaire[365]. Ce qui signifie que la seule méconnaissance de l'obligation de restitution ou de l'obligation de ne faire de la chose qu'un usage strictement déterminé ne suffit à caractériser le détournement qui résulterait de la précarité de la remise. En conséquence, le détournement justificatif de la qualification d'abus de confiance suppose que l'auteur du délit est dans un état d'esprit tel que son comportement de maître de la chose suffit à déterminer l'élément intentionnel. Ce dernier peut également découler de la persistance de l'agent à ne pas restituer le bien après une mise en demeure. Enfin, le délit d'abus de confiance ne suppose pas nécessairement que l'agent se soit approprié le bien confié. Il ne suppose pas non plus qu'il ait tiré un profit personnel de l'agissement ayant emporté la méconnaissance de la précarité de sa remise[366].

238. Le détournement entraînant la qualification d'abus de confiance peut ainsi résulter d'une impossibilité, d'un refus de restitution ou d'un usage abusif. L'impossibilité de restitution est constitutive du délit lorsqu'elle trouve sa cause dans une dissipation préalable du bien confié. Cette dissipation consiste à faire disparaître le bien qui devait être restitué et dont la restitution est impossible par suite de cette dissipation. Le refus de restitution peut également être la conséquence d'un droit de rétention. Dans ce cas, si l'agent refuse de restituer le bien remis au titre d'un droit de rétention remplissant les conditions auxquelles le droit civil soumet la reconnaissance de ce droit, car la créance sur laquelle se fonde la rétention trouve sa cause dans un travail fait sur le bien même qui est retenu, le délit ne peut être constitué[367]. En revanche, si l'agent refuse de restituer en invoquant au soutien de son refus un droit de rétention qui n'est pas admis par le droit civil, sa rétention est dite injuste et est constitutive du délit.

239. Le refus de restitution peut être opposé pour cause de compensation. L'agent refuse de restituer au motif qu'il est créancier de celui qui lui réclame la restitution. Cette exception de compensation rend impossible le préjudice que suppose le détournement si la compensation est fondée et admissible ; le refus de restitution s'en trouve justifié. Pour ce faire, il faut que le prévenu ait une créance légitime à opposer à son cocontractant. Il faut ensuite que la créance

---

[365] Marie-Paule LUCAS de LEYSSAC, ALEXIS MIHMAN, *droit pénal des affaires, manuel théorique et pratique, Ed.* Economica 2009 P.105

[366] *Ibid.*
[367] *Ibid.*

invoquée soit égale à celle de la dette de restitution. Si elle est inférieure, le détournement reste possible pour le reliquat. Il faut enfin que la créance dont la compensation est invoquée soit certaine, liquide, exigible et pas interdite par l'article 1293 du Code civil[368]. Le refus de restitution peut également être le fait d'une novation. Dans ce cas, l'agent fait valoir que la remise qui était à titre précaire est devenue une remise en propriété et n'a plus à être restituée. Pour qu'une novation puisse empêcher la commission du délit il faut que la volonté de nover soit effective et prouvée, même si la novation se présume être apportée par tout moyen[369] tel qu'énoncé à l'article 1273 du Code civil.

240. Il peut arriver que l'agent qui n'est que possesseur précaire se comporte en maître du bien confié en méconnaissant délibérément l'affectation qu'il devait donner aux biens ou aux fonds confiés. Ces usages sont constitutifs d'abus de confiance. Ils peuvent se commettre par des actes de disposition emportant appropriation directe ou indirecte du bien confié. Une appropriation temporaire peut également suffire à constituer le délit[370]. L'usage déterminé que le remettant assigne au bien qu'il confie est une manifestation de la prérogative que donne le droit de propriété de décider de l'affectation d'un bien. L'abus de confiance demeure même quand l'agent ne tire aucun profit personnel de l'usage abusif[371].

241. Le détournement doit avoir causé un préjudice à autrui afin de donner lieu à la qualification d'abus de confiance. Le préjudice est de nature patrimonial. Il est consommé dès lors qu'il y a par exemple impossibilité de restituer par suite de dissipation du bien confié, même si le préjudice patrimonial peut n'être qu'éventuel puisqu'il ne suppose pas nécessairement une appropriation du bien, tout comme il peut simplement être moral[372]. Le préjudice peut avoir été causé contre le propriétaire du bien détourné ou contre les possesseurs et les détenteurs initialement désignés dans l'ancien Code pénal. Bien qu'elle ne soit pas entrée en possession ou en détention, la personne à laquelle aurait dû être remis le bien confié peut aussi se dire victime d'abus de confiance, le texte visant sans autre exigence, un détournement au préjudice d'autrui[373].

---

[368] Cet article interdit d'opposer la compensation aux demandes de restitution d'une chose dont le propriétaire a injustement été dépouillé, et aux dépôts ou aux prêts d'usage.
[369] Crim., 18 janvier 1972, Bull. 26.
[370] Crim., 6 septembre 2000, *Dr. Pén. 2001, comm.14, obs. M. Véron.*
[371] Crim., 26 septembre 1996
[372] Crim., 6 avril 1862, *Bull. 92.*
[373] Marie-Paule LUCAS de LEYSSAC, ALEXIS MIHMAN, *droit pénal des affaires, manuel théorique et pratique, Ed.* Economica 2009 P.112

242. Le délit d'abus de confiance protège contre les atteintes au droit réel de propriété mobilière que conserve le remettant d'un bien dans le cadre d'une relation contractuelle. Cette dernière peut avoir pour conséquence que les atteintes à la volonté ou à la liberté de l'individu peuvent difficilement être caractérisées. Ainsi, les protections initialement établies par la norme pénale peuvent être floutées par le fait de la relation contractuelle. Cependant, l'indice de précarité qui peut caractériser une remise consentie dans un cadre contractuel permet d'apprécier la volonté de disposer ou de transférer la propriété d'un bien dans un tel cadre. Le détournement justificatif d'abus de confiance peut signifier que l'auteur du délit s'est comporté en maître de la chose qui lui a été volontairement remise, niant ainsi la liberté de consentement, la volonté et donc le droit de propriété d'autrui, ses droits réels. La méconnaissance des droits réels sur les remises précaires peut se saisir autrement que par la seule qualification d'abus de confiance. Le fait est que l'on peut dénombrer dans un patrimoine les différentes créances détenues sur autrui. A ce titre, il convient de noter que le détournement d'objets donnés en gage et le détournement d'objets saisis sont, au même titre que l'organisation frauduleuse de l'insolvabilité, attentatoires du droit réel ou de nature réelle garantissant le paiement des dettes détenues auprès de certains créanciers.

2. Remises constitutives de sûretés

243. L'article 314-5 CP définit le détournement d'objets donnés en gage comme « *le fait par un débiteur, un emprunteur ou un tiers donneur de gage, de détruire ou de détourner l'objet constitué en gage* ». L'auteur d'un tel délit doit avoir la qualité de débiteur, d'emprunteur ou de tiers donneur de gage. La qualité de débiteur peut avoir été acquise directement ou avoir été transmise. Celle d'emprunteur, ayant donné en gage, souligne aussi bien la protection du vendeur à crédit que la protection de la personne ou de l'organisme qui a prêté les fonds ayant servi à financer un achat dont le paiement est garanti par un gage. Le tiers donneur de gage indique que l'auteur du délit peut être une personne ayant donné en gage un bien dont elle est propriétaire pour garantir la dette d'un tiers.

244. Le gage donné par l'auteur du délit peut être conventionnel ou légal, avec ou sans dépossession, porter sur un bien mobilier corporel ou incorporel. En fait, le texte ne formule aucune exigence quant à la nature du gage. En conséquence, il peut s'agir d'un gage civil[374] ou commercial[375], dont la nullité importe peu. Il peut également s'agir d'un gage reconnu par la loi

[374] Art. 2073 C. civ.
[375] Art. L.521-1 C. com

au vendeur à crédit ou de l'organisme dispensateur de crédits[376]. Le gage est avec dépossession lorsqu'il y a par exemple remise d'un objet précieux garantissant la créance. Il est sans dépossession s'il porte sur un objet demeurant en la possession du débiteur, les droits du créancier gagiste étant assurés par des mesures de publicité. Pour qu'il y ait gage, il suffit que l'objet de celui-ci soit mobilier. En conséquence, le délit est constitué dès qu'il y a un mobilier corporel ou incorporel[377]. Les personnes n'ayant pas les qualités sus évoquées, qui s'emparent d'un bien donné en gage ou en obtiennent la remise par des manœuvres frauduleuses, ne peuvent s'exposer qu'à la seule infraction de vol ou d'une escroquerie. En outre, le délit ne peut pas concerner des privilèges légaux car ils ne sont pas des gages. Enfin, les immeubles, même par destination, ne peuvent pas être dans le champ des détournements d'objets donnés en gage et, pour qu'il y ait gage, il faut que le donneur de gage soit propriétaire du bien qui en est l'objet. En conséquence, le détournement d'objet donné en gage ne peut avoir lieu tant qu'il n'y a pas, préalablement, eu un transfert de propriété. La jurisprudence considère qu'un dol spécial est réalisé dès lors que l'agent sait que son agissement porte sur un bien donné en gage et déduit cette connaissance d'un certain nombre d'imprudences[378].

245. L'article 314-6 du Code pénal définit le détournement d'objets saisis comme « *le fait, par le saisi, de détruire ou de détourner un objet saisi entre ses mains ou en garantie des droits d'un créancier et confié à sa garde ou à celle d'un tiers* ». Le délit nécessite que le saisi soit lui-même l'auteur et qu'il ait été nommé gardien ou qu'un tiers l'ait été à sa place. Le délit protège les droits des créanciers sur les biens saisis pour garantir le paiement de leur créance[379]. Ce qui implique que la chose du délit doive, au préalable, avoir été l'objet d'une procédure de saisie[380]. Cette dernière ne doit pas être pratiquée dans le cadre d'une procédure pénale visant la manifestation de la vérité[381]. Le détournement consiste à disposer du bien saisi, à le déplacer en vue de faire obstacle à l'adjudication. L'élément intentionnel du détournement suppose que l'agent ait méconnu les droits que le créancier tient de la saisie.

246. Le délit d'organisation frauduleuse d'insolvabilité est lui aussi attentatoire des droits réels. Il est défini à l'article 314-7 du Code pénal comme « *le fait, par un débiteur, même avant la décision judiciaire constatant sa dette, d'organiser ou d'aggraver son insolvabilité, soit en*

[376] Crim., 18 janvier 1950, Bull. 17

[377] Valeurs mobilières, brevets d'invention, voitures, etc.

[378] Par exemple ne pas informer la société de crédit d'un changement d'adresse.

[379] Peu importe que la saisie soit nulle dès lors que l'agissement incriminé a été commis avant que le titre servant de base à l saisie n'ait été annulé

[380] Il peut s'agir d'une saisie-exécution, d'une saisie conservatoire, d'une saisie-arrêt ou d'une saisie immobilière

[381] Depuis le nouveau code pénal ce détournement est constitutif du délit incriminant le détournement des objets placés sous scellé ou sous mains de justice à l'article 434-22 al. 2 du Code pénal.

augmentant le passif ou diminuant l'actif de son patrimoine, soit en diminuant ou en dissimulant tout ou partie de ses revenus, soit en dissimulant certains de ses biens, en vue de se soustraire à l'exécution d'une condamnation de nature patrimoniale prononcée par une juridiction civile ». Ce délit ne protège que les personnes devenues créancières à la suite d'une décision de justice. C'est notamment le cas des créanciers d'aliments, des victimes d'accidents causés par des tiers ou des victimes d'une infraction. La protection des droits réels envisage un régime juridique de la protection du droit des personnes sur leurs biens et l'ensemble de leur patrimoine. Cependant, la circulation de la monnaie et des obligations concernent également, dans une large mesure, le patrimoine des personnes morales. Les droits qu'ont les personnes morales sur leur patrimoine peuvent être désignés par le vocable « droit sociaux ». La norme pénale protège également l'ensemble des droits sociaux pouvant naître à l'occasion d'une opération commerciale.

Section 2. Protection des droits sociaux

247. Dans les années 1930, le délit de droit commun d'abus de confiance constituait la principale incrimination des appropriations frauduleuses ayant eu lieu dans le cadre d'un mandat social. En effet, il arrivait que les dirigeants sociaux soient tentés d'utiliser leur pouvoir de gestion et d'administration pour confondre leur intérêt personnel avec celui de la société. De la sorte, le patrimoine social était traité comme s'il appartenait au dirigeant de la société et il s'en suivait de nombreux détournements. Mais, il est apparu que les détournements résultant d'une confusion des patrimoines se prêtaient mal à l'incrimination d'abus de confiance. Le 8 août 1935, un décret-loi a instauré des incriminations spécifiques permettant de se saisir d'un certain nombre de détournements faits au préjudice des sociétés de capitaux. La loi de 1966 a repris ces incriminations et a étendu leur champ d'application aux sociétés à responsabilité limitée (SARL), avant d'être intégrées telles quelles dans le Code de commerce. La protection accordée par la norme pénale intéresse aussi bien la personne morale saine que la personne morale connaissant des difficultés dans la gestion de son patrimoine. Le régime de protection de la notion d'intégrité financière encadre les droits sociaux de la personne morale saine (I). Même si différents régimes de droit commun ou du droit des entreprises en difficultés posent un certain nombre d'extinctions des dettes de la personne morale en difficulté (II), la norme pénale incrimine les manipulations visant à éteindre certaines dettes sociales.

I. La personne morale saine

La protection des droits sociaux de la personne morale saine consiste dans la protection de son patrimoine social (1) qui se traduit par une prohibition de la confusion des intérêts (2).

1. Le patrimoine social

248. L'étude des abus de biens sociaux nécessite dans un premier temps de retenir que seules certaines sociétés et leurs dirigeants peuvent être sous le coup de cette qualification. Autrement dit, seul un certain type de société peut être victime de l'abus de biens sociaux et seuls les dirigeants de ces sociétés peuvent en être les auteurs. Ainsi, la SARL peut être victime de l'abus de biens sociaux, conformément à l'article L.242-1 du Code de commerce. Sur ce type de société, Bernard Bouloc fait observer, à la suite d'un arrêt[382], que l'abus de biens sociaux retenu à propos d'une SARL de famille n'a pas souvent été bien compris, au motif que la société de famille est une entreprise personnelle dans le cadre de laquelle la notion d'acte contraire à l'intérêt de la société n'a pas droit de cité. Toutefois, on ne peut vouloir les avantages que présente la mise sous une forme sociale de son entreprise et en rejeter l'une des principales conséquences : la constitution d'un patrimoine social propre à l'entité qui a été constituée.

249. Les sociétés en commandites par actions[383], les sociétés anonymes[384]de type classique, à directoire[385], à conseil d'administration[386] ou par actions simplifiées[387] sont également dans le champ de l'abus de biens de sociaux. A cette liste il convient d'ajouter les sociétés de placements immobiliers[388], les sociétés des mutuelles d'assurance[389], les sociétés coopératives[390] et les sociétés de construction[391].

La qualification d'abus de biens sociaux n'est valable qu'à l'endroit des sociétés déjà immatriculées et encore en activité, c'est-à-dire avant la liquidation car la personne morale subsiste pour les besoins de la liquidation[392] et que la société soit de droit français[393]. Les auteurs du délit ne peuvent être que les dirigeants des sociétés citées ci-dessus, qu'ils le soient de fait ou de droit.

250. La commission de l'abus de biens sociaux consiste en un usage des biens, du crédit ou des pouvoirs de la société contraire à l'intérêt de celle-ci. Les textes d'incrimination ne formulent pas d'exigence particulière sur la nature et la forme des usages ou des actes passibles de la

[382] Crim., 26 mai 1994, Bull. 206, Rev. Soc. 1994, p.771
[383] Article L.243-1 C. com
[384] Article L.242-6 C. com
[385] Article L.242-30 C. com
[386] Article L.243-1 C. com
[387] Article L.244-1 C. com
[388] Article L.231-11 du Code des marchés financiers
[389] Article L.328-3 du Code des assurances
[390] Article 26, L.10 sept. 1947
[391] Article L.241-6 et L.313-32 CCH
[392] Article L.237-2, al. 2 C. com
[393] Article L.210-3 C. com

qualification d'abus de biens sociaux. L'acte d'usage des biens ou du crédit de la société peut ainsi être un acte matériel de disposition des biens sociaux ou un acte juridique (qui peut être un acte de disposition), mais aussi un acte d'administration. Pour la jurisprudence, l'acte d'usage peut être situé dans toute décision prise dans l'exercice des pouvoirs de direction ou d'administration. Ce qui fait que les actes constitutifs du délit peuvent s'enchainer et se répéter[394]. Lorsque l'usage des biens est situé dans un acte juridique, la seule décision d'engagement d'une dépense peut suffire à consommer le délit avant même l'exécution de la dépense.

251. Le principe de légalité criminelle pose qu'il n'y a pas de commission par omission. Ce qui implique que l'abus de biens sociaux ne peut pas être constitué par une abstention ou une omission et nécessite que le terme « usage », employé dans le texte d'incrimination, désigne un acte positif. Toutefois, l'exigence de ce dernier peut être relatif car de l'abus de pouvoirs sociaux, par exemple, peut résulter d'une abstention visant à ne pas mettre en œuvre un certain nombre de pouvoirs dans l'intérêt de la société[395]. L'abus de biens sociaux peut ainsi découler d'une omission dans l'action ou d'une abstention d'usage de pouvoirs comme le fait observer Bernard Bouloc[396].

252. L'abus de biens sociaux exige que l'acte d'usage soit consommé. Cette exigence tient à ce que la tentative d'abus de biens sociaux n'est pas incriminée. Cependant, la jurisprudence considère que le fait d'exposer l'actif social à un *risque de perte* auquel il n'aurait pas dû être exposé constitue le délit. L'abus de biens sociaux est donc possible, même si la société n'a subi aucun préjudice patrimonial. Le délit prenant des allures de délit formel, puisque le préjudice n'est pas cité au titre des éléments constitutifs, il n'en reste pas moins que les agissements patrimoniaux manqués sont assimilés à des tentatives et les rend punissables au titre du délit consommé[397].

253. Les abus peuvent porter sur des biens sociaux de toute sorte, vu que les textes d'incrimination ne formulent aucune exigence sur la nature de ceux-ci. Il peut ainsi s'agir de tous les biens mobiliers appartenant à la société, de tous ses biens immobiliers, incorporels tels que ses droits de créance, ses droits d'exploitation ou ses droits de clientèle. Pour le cas plus spécifique des biens incorporels c'est la qualification de pouvoirs sociaux qui est souvent retenue, au lieu de

---

[394] Marie-Paule LUCAS de LEYSSAC, ALEXIS MIHMAN, *droit pénal des affaires, manuel théorique et pratique, Ed.* Economica 2009 P.193

[395] Crim., 28 janvier 2004, Rev. Soc. 2004, p.777, note B. Bouloc

[396] Marie-Paule LUCAS de LEYSSAC, ALEXIS MIHMAN, *droit pénal des affaires, manuel théorique et pratique, Ed.* Economica 2009 P.195

[397] *Ibid.*

celle de biens sociaux. D'ailleurs, ceux-ci doivent appartenir à la société qui doit elle-même être *in bonis,* la qualification de biens sociaux signifiant que les biens doivent appartenir à la société ; et celle d'*in bonis* impliquant que si la société est en état de cessation des paiements, c'est plutôt la qualification de banqueroute qu'il convient de retenir dès lors que les conditions de cette qualification sont réunies.

254. Le capital de la société et la nature de ses affaires lui permettent de bénéficier d'un crédit social. Ce crédit social peut lui aussi faire l'objet d'un usage abusif pouvant exposer la société à des risques de pertes auxquels elle n'aurait pas dû être exposée. Il peut arriver que l'abus du crédit social de la société soit cumulé avec un abus de pouvoir. Celui-ci consiste en un usage des pouvoirs sociaux contraire à l'intérêt de la société. Le texte d'incrimination désigne les pouvoirs sociaux comme étant les pouvoirs que possèdent les dirigeants en cette qualité. Il s'agit de tous les pouvoirs statutaires et légaux qu'ils tiennent de leur mandat. D'après un arrêt de 1995, les abus d'autorité ou d'influence peuvent être englobés dans l'abus des pouvoirs sociaux[398]. La jurisprudence définit, quant à elle, l'acte contraire à l'intérêt de la société selon que celle-ci est une société indépendante ou appartenant à un groupe.

255. Dans le cadre d'une société indépendante, l'acte contraire à l'intérêt social de la société varie selon l'activité de la société, mais peut être cerné suivant trois constantes. Dans un premier temps, l'acte contraire à l'intérêt de la société peut consister en une dépense sociale servant le seul intérêt du dirigeant sans qu'il y ait de contrepartie pour la société. Dans ce cas, la seule satisfaction de l'intérêt personnel suffit alors à déterminer la qualification. Ainsi, une dépense qui ne sert que l'intérêt des dirigeants est sans contrepartie pour la société de sorte qu'elle est aussi nécessairement contraire à son intérêt[399].

Dans un deuxième temps, la dépense engagée peut simplement ne pas faire partie de l'objet statutaire de la société. Dans ce cas, soit la dépense génère des contreparties licites pour la société et la qualification ne peut être retenue. Soit, la dépense ne satisfait que le seul dirigeant et il n'y a pas de contrepartie pour la société, la qualification peut alors être retenue[400]. Enfin, dans un troisième temps, l'actif social a pu être exposé à un risque de perte auquel il n'aurait pas dû être exposé. Cette hypothèse concerne particulièrement les cas dans lesquels les dirigeants concluent

[398] D.Rebut, *Répertoire pénal* Dalloz, v° Abus de biens sociaux, juin 2002, §20

[399] Marie-Paule LUCAS de LEYSSAC, ALEXIS MIHMAN, *droit pénal des affaires, manuel théorique et pratique, Ed.* Economica 2009 p.199

[400] *Ibid.*

avec la société des conventions qui, au regard de la loi commerciale, sont soit interdites[401], soit réglementées[402]. Il peut également être question des cas dans lesquels les dirigeants exposent la société à un paiement auquel elle ne devrait pas être exposée. Lorsque la société appartient à un groupe, il est dans un premier temps, pris en compte le bénéfice du fait justificatif du groupe. Ce qui implique que celui-ci soit effectif, et non comme ce fut le cas dans l'affaire Rozenblum, une simple réunion autour d'un même homme d'affaires d'entreprises aux objets disparates. Ensuite, il faut qu'il y ait des contreparties,[403] entre les entités du groupe, qui préserve l'équilibre et les engagements respectifs des sociétés concernées. Enfin, en cas de concours financiers, celui-ci ne doit pas excéder les capacités financières de la société qui les consent.

2. Prohibition de la confusion des intérêts

256. Les textes incriminant l'abus de biens sociaux requièrent que l'acte contraire à l'intérêt de la société ait été commis de mauvaise foi et à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société dans laquelle les dirigeants sont intéressés directement ou indirectement. La mauvaise foi correspond au dol général en ce qu'elle suppose que l'agent ait eu conscience du caractère contraire à l'intérêt de la société de l'acte qui lui est reproché. Les fins personnelles correspondent, elles, au dol spécial. Elles sont souvent des mobiles qui sont exigés au titre de l'intention. La mauvaise foi est comprise dans la qualification d'acte contraire se fondant sur le fait qu'il s'agit d'une dépense ne servant que les intérêts personnels et ne comportant aucune contrepartie pour la société. C'est l'objet personnel de la dépense qui, à la fois, détermine la qualification d'acte contraire et rend le dirigeant de mauvaise foi. Elle peut également s'ajouter aux fins personnelles lorsqu'il est question d'une convention passée entre la société et ses dirigeants ou entre la société et une autre société dans laquelle ces derniers ont un intérêt ; la qualification d'acte contraire peut alors être envisagée. Il peut également arriver que ce soit les fins personnelles qui s'ajoutent à la mauvaise foi. La qualification d'acte contraire à l'intérêt de la société se fonde alors sur l'illicéité de l'acte. Celle-ci exclut ainsi que les dirigeants n'aient pas eu conscience que la dépense ne puisse pas être conforme à l'intérêt de la société, de telle manière que la condition de mauvaise foi puisse être considérée comme remplie.

[401] Par exemple, les conventions liées sont interdites, sous peine de nullité, en raison du principe de séparation des patrimoines social et personnel de l'article L.225-43 C. com

[402] Il peut arriver que les dirigeants soient eux-mêmes cocontractant dans les conventions passées avec la société et y avoir un intérêt direct. D'où une réglementation stricte, à défaut d'interdiction, de ce type de convention par a loi commerciale.

[403] Contrepartie à l'occasion d'un prêt entre deux entités du groupe, la contrepartie peut aussi être technique, commerciale, informatique…

257. En plus de la mauvaise foi, les fins personnelles peuvent contribuer à la qualification d'abus de biens sociaux, sans être indispensables. De fait, les fins personnelles peuvent être patrimoniales ou morales[404]. Les fins personnelles à bénéfice patrimonial peuvent résider dans des ouvertures consenties à des membres de la famille[405] ou dans des dépenses destinées à préserver la reconnaissance de certains tiers[406]. Les fins personnelles morales peuvent, dans certains cas, être purement artificielles[407]. Toutefois, *dans un arrêt du 1er mars 2000, la chambre criminelle a rappelé qu'il ne suffit pas de relever que le prévenu a accepté de payer trois factures fictives et qu'il faut, dans une telle hypothèse, rechercher s'il a pris un intérêt personnel direct ou indirect au règlement de ces factures*[408]. L'usage des biens, du crédit ou des pouvoirs de la société contraire à l'intérêt de celle-ci est donc sanctionné par la qualification d'abus de biens sociaux.

258. La norme pénale encadre l'administration ou la gestion du patrimoine de la société. Celui-ci consiste à la fois dans l'ensemble des biens corporels ou incorporels mobiliers ou immobiliers appartenant à la société. Mais aussi, dans l'ensemble des pouvoirs reconnus au dirigeant en cette qualité. Bien que l'intérêt de la société soit défini de façon négative comme l'ensemble des actes engagés par le dirigeant pouvant exposer la société à un risque de perte ou sans contrepartie pour la société, on peut observer quelques nuances. L'intérêt de la société ne se confond pas avec la notion de profit. Il ne semble pas non plus correspondre à la nécessité d'une croissance de la valeur du patrimoine. L'intégrité du patrimoine social voulu par la norme pénale semble correspondre, dans le cadre de l'abus de biens sociaux, à une continuité de l'activité de la société et à une réalisation de contreparties entrant dans son patrimoine social, ce dans un cadre licite. A la différence des incriminations classiques contre les atteintes aux biens, l'abus de biens sociaux ne requiert pas de préjudice à autrui, au titre d'élément constitutif du délit. Cette absence de préjudice à autrui s'avère particulièrement efficace dès lorsqu'il s'agit d'incriminer les moyens de gestion ruineux qui peuvent être mis en œuvre dans le cadre de la gestion d'une entreprise en difficulté. Cependant, cette qualification n'est pas la seule à se saisir des atteintes faites au patrimoine des personnes morales, le délit de banqueroute pouvant quelques fois s'avérer plus opportun.

---

[404] Notamment par l'atteinte à la réputation de la société tel qu'en atteste l'arrêt Carignon

[405] Crim., 3 mai 1967, *Bull.148*

[406] Marie-Paule LUCAS de LEYSSAC, ALEXIS MIHMAN, *droit pénal des affaires, manuel théorique et pratique, Ed.* Economica 2009 p.214

[407] *Ibid.*

[408] *Ibid.*

II. La personne morale en difficulté

La protection de la personne morale en difficulté passe par une définition des conditions de la difficulté (1) afin de déboucher sur une protection de sa solvabilité (2).

1. Les conditions de la difficulté

259. Sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement et la liquidation judiciaire, le délit de banqueroute ne concernait, dans un premier temps, que les dirigeants de personnes morales en état de cessation de paiement. Cette dernière notion n'étant définie ni par la jurisprudence ni par la loi du 13 juillet 1967, la cessation de paiement sera définie par la loi de 1985. En effet, la loi du 25 janvier 1985 sur le redressement et la liquidation judiciaire a d'abord supprimé les multiples distinctions antérieures avant de soumettre les poursuites pour banqueroute à l'ouverture préalable, par le juge civil ou commercial, d'une procédure collective. Ensuite, elle n'a plus retenu que quatre cas de banqueroute afin de dépénaliser la matière, même si cette dépénalisation a donné lieu à des cas de faillite personnelle et des interdictions de gérer.

260. Les lois du 10 juin 1994 et du 26 juillet 2005 ainsi que les ordonnances du 18 décembre 2008 et du 30 janvier 2009 ont effectué un certain retour à la matière pénale. En effet, la loi du 10 juin 1994 a institué de nouveaux cas de banqueroute concernant la comptabilité. La loi du 26 juillet 2005 dite de sauvegarde des entreprises, a indirectement étendu le domaine de la banqueroute en élargissant le cercle des personnes pouvant être soumises à une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Depuis lors, ce sont les articles L.654-1 et L.654-2 du Code de commerce qui incriminent le délit de banqueroute. Les évolutions ayant marqué ce délit ont apporté un certain nombre de conditions préalables pouvant conduire à la qualification de banqueroute. Ces conditions tiennent d'une part à la qualité des auteurs du délit, et d'autre part au moment de la commission du délit.

261. Diverses catégories de personnes peuvent être auteur du délit de banqueroute. Il s'agit des commerçants, des artisans, des agriculteurs et des professionnels indépendants[409] d'une part, et des personnes morales de droit privé d'autre part. Il s'agit également des personnes physiques représentants permanents d'une personne morale de droit privé[410] soumise à procédure collective[411]. L'article 654-2 du Code de commerce dispose que les personnes visées par l'article L.654-1 peuvent être déclarées coupables d'un fait de banqueroute « *en cas d'ouverture d'une*

[409] Article L.654-1, 1° du Code de commerce
[410] Article L.654-1,2°
[411] Article L.654-1,3°

procédure de redressement ou de liquidation judiciaire »[412]. Cette condition a été instaurée par la loi de 1985 pour mettre fin à la faillite virtuelle ou de fait, c'est-à-dire à la cessation des paiements admise par le juge pénal sans ouverture d'une procédure collective[413].

262. La cessation des paiements est la condition à défaut de laquelle la qualification de banqueroute ne peut être possible. En d'autres termes, la cessation des paiements est une condition préalable dans la mesure où elle détermine le champ d'application du délit, mais elle n'est pas une condition dont la réalisation doit être antérieure à celle des éléments proprement constitutifs. En effet, les faits de banqueroute peuvent être postérieurs à la cessation des paiements qu'ils ne font alors qu'aggraver, tout comme ils peuvent être antérieurs à la cessation des paiements qu'ils ont alors pour effet de provoquer ou de maquiller[414]. Quant à la condition d'ouverture d'une procédure collective, elle n'est qu'une condition de mise en mouvement de l'action publique[415]. Ce qui implique que les poursuites pour banqueroute sont possibles même si la personne poursuivie n'est pas mise en redressement ou en liquidation judiciaire, faute de possibilité d'exécution du jugement d'ouverture[416]. Par ailleurs, le rôle procédural attribué à la condition d'ouverture d'une procédure collective par la réforme de 1985 a laissé toute latitude au juge pénal de modifier la date de cessation des paiements. En effet, dès 1991, la chambre criminelle a admis que « *le juge répressif a le pouvoir de retenir, en tenant compte des éléments soumis à son appréciation, une date (...) autre que celle fixée par la juridiction consulaire* »[417]. Dans des arrêts ultérieurs, il a été précisé que la date retenue par le juge pénal pouvait être antérieure à la date fixée par la juridiction commerciale ou civile. On peut considérer que les modifications de la date de la cessation des paiements ont été déterminées par la nécessité de trancher le conflit de qualification qui existait entre l'abus de biens sociaux et le délit de banqueroute. Le fait est que les détournements d'actifs reprochés à des dirigeants de personnes

---

[412412] L'ouverture de la procédure de sauvegarde instituée par la loi du 26 juillet 2005 (art. L.620-1 à L.627-4 C.com.) ne peut donc pas remplir cette condition préalable. Cela tient à ce que, dans cette procédure, le débiteur n'est pas en état de cessation des paiements. Toutefois, dans le cadre de la procédure de sauvegarde, peuvent être commis certains délits annexes à la banqueroute

[413] Marie-Paule LUCAS de LEYSSAC, ALEXIS MIHMAN, *droit pénal des affaires, manuel théorique et pratique, Ed.* Economica 2009 p.228

[414] *Ibid.*

[415] Pour la chambre criminelle, la condition d'ouverture d'une procédure collective est « une condition préalable à l'exercice de l'action publique, constitutive d'une règle de procédure, qui ne saurait avoir d'effet sur les poursuites régulièrement engagées avant son entrée en vigueur.

[416] La chambre criminelle a déclaré par un arrêt de 2004 que la circonstance que le jugement d'ouverture pourrait être réputé non avenu, faute d'avoir été notifié dans les délais prévu par l'article 478 CPC, ne saurait avoir d'incidence sur la validité du réquisitoire pris à la suite de ce jugement et tendant à l'ouverture d'une information du chef de banqueroute.

[417] Crim., 18 nov. 1991, Bull. 415

morales de droit privé sont constitutifs d'un abus de biens sociaux s'ils sont antérieurs à la cessation de paiement et d'un délit de banqueroute s'ils sont postérieurs à cette cessation[418].

263. Au titre des éléments constitutifs du délit de banqueroute, l'article L.654-2 du Code de commerce incrimine cinq types d'agissements. D'abord, il s'agit de l'achat en vue de revendre au-dessous du cours ou l'emploi de moyens ruineux pour se procurer des fonds. Ces deux modes de commission doivent avoir été commis en vue d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure collective et avant la constatation de la cessation des paiements. L'achat en vue de revendre en dessous du cours consiste à acheter d'importantes quantités de marchandises et à les revendre immédiatement à un prix inférieurs à leur cours. De la sorte, l'agent se constitue une trésorerie lui permettant de faire face aux échéances les plus proches. Mais, les autres échéances subsistant, il est dans l'impossibilité de payer les marchandises achetées et il y a alors aggravation de son passif[419].

264. Le recours à des moyens ruineux pour se procurer des fonds consiste à se procurer des fonds par des concours financiers, ce qui permet le maintien artificiel et temporaire de l'activité de l'entreprise, alors que la situation financière est déjà irrémédiablement compromise. Ce qui implique la nécessité pour les juges d'établir le caractère ruineux du moyen employé. Ensuite, il s'agit du détournement ou de la dissimulation d'actif du débiteur. Ces deux modalités ont pour effet de réduire l'actif du patrimoine du débiteur qui répond au passif. Le détournement d'actif consiste à détourner intentionnellement certains biens d'actif de la société en difficulté afin d'empêcher les poursuites des créanciers sur ces éléments. Certains auteurs ont pu faire observer que les condamnations pour fait de banqueroute par détournement d'actif concernent toujours des dirigeants de personnes morales de droit privé. Pour que ces dirigeants se voient imputer le délit, il faut qu'ils aient personnellement commis l'acte de détournement d'actif, dès lors qu'un acte personnel de disposition est caractérisé. Cet acte doit porter sur un bien corporel ou incorporel entrant dans le patrimoine du débiteur[420], tout en sachant que le détournement constitutif de banqueroute ne peut résulter d'une abstention.

---

[418] Marie-Paule LUCAS de LEYSSAC, ALEXIS MIHMAN, *droit pénal des affaires, manuel théorique et pratique, Ed.* Economica 2009 p.232

[419] Selon la lettre du texte, le délit est constitué même si l'achat fait en vue de revendre au dessous du cours n'a pas été effectivement suivi d'une telle revente.

[420] Les biens affectés d'une clause de réserve de propriété ne constituent pas des éléments d'actif. Toutefois, dans un arrêt du 20 octobre 2004, la chambre criminelle a approuvé une condamnation pour détournement d'actifs prononcée contre les gérants d'une société qui avaient cédé, au dessous de leur valeur, des véhicules ayant fait l'objet d'une

265. La jurisprudence a, au départ, considéré que le détournement d'actif pouvait être antérieur ou postérieur à la date de cessation des paiements. Par la suite, d'autres décisions ont affirmé que les actes de dissimulation des détournements d'actifs devaient être postérieurs à la cessation des paiements. Ainsi, si le détournement d'actif a été commis après cessation des paiements, il est constitutif d'un délit de banqueroute par détournement d'actif car il porte atteinte au droit de gage des créanciers. S'il est commis avant la cessation des paiements[421], c'est la qualification d'abus de biens sociaux qui est retenue[422]. Outre le détournement, la dissimulation d'actif consiste à cacher intentionnellement certains biens d'actifs de la société en difficulté afin d'empêcher les poursuites des créanciers sur ces éléments. Par ailleurs, la qualification de banqueroute peut être retenue en cas d'augmentation frauduleuse du passif. Il s'agit d'une augmentation frauduleuse de l'insolvabilité correspondant au cas dans lequel l'agent se reconnaît faussement débiteur, dans ses écritures comptables ou par acte public ou privé, de sommes qu'il ne doit pas, ce afin d'échapper à des dettes contractuelles. De la sorte, il se réserve, grâce à des complicités, des avoirs au détriment de ses créanciers véritables. De même, les manquements aux obligations comptables, peuvent être justificatifs d'une qualification de banqueroute. L'article L.654-2,4° et 5° précise les cas de banqueroute liés aux obligations comptables. L'objectif est de permettre de connaître la situation financière de l'entreprise, grâce à une comptabilité fidèle, en cas de procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Les manquements aux obligations comptables peuvent avoir été constatés avant ou après la cessation des paiements. Ces manquements peuvent être caractérisés par la tenue d'une comptabilité fictive. Celle-ci était déjà incriminée par la loi de 1985 qui visait les irrégularités comptables faisant apparaître une situation économique ou financière ne correspondant pas à la réalité.

266. Sous l'empire de la loi de 1967 était incriminée la disparition de documents comptables. Le texte d'incrimination ne visait que la soustraction de comptabilité ou de livres comptables. Le texte actuel vise carrément la disparition de comptabilité. La dissimulation intentionnelle de la comptabilité peut donc suffire à constituer le délit de banqueroute. Il peut ainsi y avoir des recoupements entre la banqueroute par établissement d'une comptabilité fictive ou manifestement irrégulière et la banqueroute par défaut d'établissement de comptabilité. La loi du 26 juillet 2005 a étendu le champ du dernier cas de banqueroute, puisque le texte incrimine le fait de s'être abstenu de toute comptabilité « *lorsque les textes applicables en font l'obligation* ».

---

telle clause, au motif que de telles marchandises doivent figurer sur une ligne distincte de l'actif du bilan d'activité, selon les règles comptables et fiscales.

[421] Ou pendant que la société était *in bonis*

[422] Toutefois, bien qu'antérieurs à la date de cessation des paiements, les détournements d'actif sont constitutifs d'un délit de banqueroute s'ils ont provoqué la cessation des paiements.

2. La protection de la solvabilité

267. La protection de l'entreprise en difficulté peut être complétée par d'autres mécanismes que par la seule incrimination de la banqueroute. Ainsi, d'autres délits peuvent naître à l'occasion de la procédure de sauvegarde. Les articles L.654-3 à L.654-15 du Code de commerce permettent d'ailleurs de distinguer les incriminations naissant des agissements des particuliers et ceux des organes, désignés dans le cadre d'une procédure de sauvegarde de justice. Celle-ci a été instaurée par la loi du 26 juillet 2005 et a pour finalité, comme la procédure de redressement judiciaire, de permettre le redressement de la situation du débiteur par l'adoption d'un plan arrêté par le tribunal. Le choix de l'une ou l'autre des procédures nécessite que soit ouverte une période de diagnostic se caractérisant par une période d'observation[423]. Cette période dite d'observation a pour but d'élaborer un bilan économique et social de l'entreprise afin de permettre au juge d'évaluer les possibilités réelles de redressement et de déterminer ensuite les mesures les plus appropriées pour assurer la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. Ce n'est qu'à l'issue de cette période d'observation que le tribunal décide soit de fixer un plan de sauvegarde ou de redressement pouvant aboutir à un plan de cession d'entreprise à un repreneur, soit d'opter pour la liquidation judiciaire si le redressement apparaît impossible. Pendant la période d'observation ou d'exécution du plan de sauvegarde, de redressement ou de cession, le débiteur à la tête de l'entreprise voit ses pouvoirs de gestion encadrés et certains actes lui sont carrément interdits. Ainsi, durant cette période d'observation, le débiteur ne peut payer des dettes nées avant le jugement d'ouverture, accomplir des actes de disposition étrangers à la gestion courante, consentir une hypothèque ou un nantissement, sauf s'il a une autorisation du juge commissaire.

268. L'article L.654-8 du Code de commerce incrimine le fait, par toute personne auteur du délit de banqueroute, de passer un acte ou d'effectuer un paiement en violation des dispositions de l'article L.622-7. Il en est de même pour toute personne mentionnée à l'article L.654-1 qui effectue un paiement en violation des modalités de règlement du passif prévues au plan de sauvegarde ou au plan de redressement ou de faire un acte de disposition sans l'autorisation prévue par l'article L.626-14. Enfin, pendant la période d'observation ou celle d'exécution du plan de sauvegarde ou du plan de redressement, toute personne qui, en connaissance de la situation du débiteur, aura passé avec celui-ci l'un des actes mentionnés aux 1° et 2° ou d'en recevoir un paiement irrégulier, tombe sous le coup de l'incrimination de l'article L.654-8. Les personnes qui auront procédé à la cession d'un bien rendu inaliénable en application de l'article L.642-10, n'échappent pas à l'incrimination.

[423] Article L.622-1 à L.622-3 du Code de commerce

269. Le dirigeant de la personne morale débitrice, même sans être lui-même débiteur dans la procédure collective concernant la personne morale, peut être tenté d'organiser l'insolvabilité de cette dernière. S'il est établi que le dirigeant a commis des fautes de gestion, il s'expose à une action en responsabilité pour insuffisance d'actif[424] et à l'obligation aux dettes sociales[425] si le dirigeant a commis une des cinq fautes visées par l'article L.652-1. Afin d'échapper à ce stricte encadrement, le dirigeant peut être tenté d'organiser frauduleusement sa propre insolvabilité. C'est la raison pour laquelle l'article L.654-14 incrimine le fait, par les dirigeants de droit ou de fait de la personne morale ou pour les personnes physiques, représentants de la personne morale soumise à la procédure collective, de détourner ou de dissimuler ou de tenter de détourner ou de dissimuler tout ou partie de leur patrimoine aux poursuites de la personne qui a fait l'objet du jugement d'ouverture de sauvegarde de redressement judiciaire ou de liquidation, ou à celles des associés ou créanciers de la personne morale[426].

270. Les personnes exerçant une activité commerciale, artisanale, agricole ou toute autre activité indépendante sous le nom d'autrui ou sous un nom supposé, peuvent se rendre coupable des faits prévus par l'article L.654-14 du Code de commerce qui incrimine l'organisation frauduleuse de leur propre insolvabilité par les dirigeants. Cette incrimination complète le délit de banqueroute. Cette complémentarité réside dans l'idée que le délit incriminé à l'article L.654-9,3° pourrait être plus à même de se saisir de l'organisation frauduleuse d'insolvabilité qui pourrait être imputable à une personne n'ayant fait l'objet que d'une procédure de sauvegarde, qui ne peut pas remplir la condition préalable procédurale du délit de banqueroute.

271. Le fait dans l'intérêt des personnes pouvant être auteur d'un délit de banqueroute, de soustraire, receler ou dissimuler tout ou partie des biens, meubles ou immeubles de celles-ci, le tout sans préjudice de l'application de l'article 127-7 CP relatif à la complicité, est puni des peines principales et complémentaires de la banqueroute[427]. En outre, est incriminé le fait, pour le conjoint, les descendants ou ascendants ou les collatéraux ou les alliés des personnes pouvant être auteur d'un délit de banqueroute, de détourner, divertir ou receler les effets dépendant de l'actif du débiteur soumis à une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire[428]. Toute personne ayant frauduleusement déclaré dans la procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire, soit en son nom, soit par interposition de personnes, des

[424] Article L.651-1 à L.651-4 du Code de commerce
[425] Article L.652-1 à L.652-5 C. com
[426] Dans l'organisation de son insolvabilité par la personne morale, l'insolvabilité frauduleusement organisée est celle du dirigeant qui organise sa propre insolvabilité, alors que dans les délits de banqueroute par organisation frauduleuse d'insolvabilité, c'est l'insolvabilité de la personne morale débitrice qui est organisée.
[427] Article L.654-9 du Code de commerce
[428] Article L.654-10 du Code de commerce

créances supposées, peut être punie des peines de banqueroute, conformément à l'article L.654-9,2° du Code de commerce. Le délit n'est constitué que s'il s'agit d'une créance dont l'origine était antérieure à la décision de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire. Seule la déclaration d'une créance supposée est constitutive du délit[429].

272. L'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire peut également être l'occasion d'impairs commis par les organes en charge de la procédure. Ces organes peuvent se rendre coupable de malversations se commettant à la manière d'un abus de biens ou de pouvoirs sociaux. Dans d'autres cas, ces organes peuvent procéder à des acquisitions des biens du débiteur qui peuvent s'apparenter au délit de prise illégale d'intérêt. L'article L.654-12 du Code de commerce incrimine le délit de malversation et suppose que l'auteur de celui-ci soit administrateur, mandataire judiciaire, liquidateur ou commissaire à l'exécution du plan. Ces personnes peuvent voir leur responsabilité pénale engagée dès lors qu'elles ont utilisé, dans un intérêt personnel, des sommes perçues dans l'accomplissement de la mission ou se sont fait attribuer des avantages qui n'étaient pas dus[430]. Dans les deux cas, l'agent doit avoir eu la conscience ou la volonté de porter atteinte au droit des créanciers ou des débiteurs en vue de servir son intérêt personnel. Le dol spécial peut donc être constitué au seul motif que le prévenu, qui est un professionnel, a consciemment méconnu ses obligations légales ou réglementaires. Le délit peut également être constitué dès lors que l'agent a usé, dans un intérêt personnel, des pouvoirs attachés à la qualité d'organe de la procédure[431]. Cet usage abusif des pouvoirs suppose à la fois la poursuite d'un intérêt personnel et la conscience de porter atteinte aux intérêts des créanciers ou du débiteur.

273. L'acquisition des biens du débiteur ou l'usage de ces biens dans un intérêt personnel sont incriminés par l'article L.654-12, II du Code de commerce. Les auteurs désignés par cette incrimination sont les administrateurs, les mandataires judiciaires, les liquidateurs et les commissaires à l'exécution du plan. De même, il faut ajouter « *toute autre personne à l'exception des représentants des salariés (...) ayant participé à un titre quelconque à la procédure* ». En interdisant aux personnes visées d'acquérir les biens du débiteur, le texte réprime un conflit d'intérêt entre le débiteur et la personne chargée d'administrer le bien de celui-ci. C'est à ce titre que le délit devient comparable à la prise illégale d'intérêt, d'autant plus que les administrateurs judiciaires peuvent remplir la condition préalable personnelle du délit de prise illégale d'intérêt de l'article 432-12 du Code pénal. Il y a derrière cette comparaison une volonté de maintenir le

[429] Crim., 19 nov. 1997, pourvoi n°86-85.666.
[430] Article L.654-12, I, 1° du Code de Commerce
[431] Article L.654-12, 1, 2° du Code de Commerce

devoir objectif d'impartialité et d'indépendance qui doit gouverner l'exercice de la mission des administrateurs judiciaires[432]. Quant aux biens du débiteur pouvant faire l'objet d'une acquisition au profit de l'administrateur judiciaire, il s'agit des biens corporels ou incorporels constituant l'actif ou le passif du débiteur, que cette acquisition soit directe ou indirecte, l'élément intentionnel n'étant pas requis par le texte d'incrimination[433]. Ainsi, on peut voir dans la banqueroute une protection du patrimoine social favorisant la redistribution des revenus auprès de toutes les parties prenantes. Autrement dit, il s'agit de sanctionner les moyens de gestion qui empêcheraient l'entreprise de satisfaire pleinement ses obligations, que celles-ci soient monétaires ou non ; la redistribution des revenus devant se faire dans un cadre transparent.

[432] Marie-Paule LUCAS de LEYSSAC, ALEXIS MIHMAN, *droit pénal des affaires, manuel théorique et pratique, Ed.* Economica 2009 P.26 3 § 386

[433] Article L.654-12, II du Code de commerce

Chapitre 2. Protection de l'information financière

Dans l'optique de protéger l'ordre public sur les marchés financiers, l'article 10-1 de l'ordonnance de 1967 sur la COB a introduit le délit de diffusion d'informations fausses ou trompeuses. Ce délit se justifie en raison du souci de protection des décisions d'investissement des épargnants contre toute manipulation abusive ou erronée de l'information. Il contribue à garantir la transparence des marchés financiers dont le fonctionnement nécessite une information exacte et précise. Cependant, dès le 13 décembre 1926, une loi avait déjà étendu aux produits boursiers les délits d'actions illicites sur les prix des denrées de marchandises que punissaient les articles 419 et 420 de l'ancien Code pénal pour lutter contre les spéculations illicites. Ce délit fut abrogé puis rétabli en 1986 avant d'être modifié en 2005. Il consiste à adresser par des manœuvres un faux signal aux investisseurs boursiers. L'incrimination de ces manœuvres a pour finalité de protéger le fonctionnement du marché. Aussi, les évolutions législatives relatives à la protection de l'information conduisent-elles d'une part à s'approprier les dispositifs encadrant les informations identifiant le patrimoine (section 1), et d'autre part, à voir comment ce dispositif module la notion de transparence lors de la circulation des obligations, il s'agit alors de la protection de la transparence (section 2).

Section 1. Les informations identifiant le patrimoine

274. La fiabilité des informations à la base des échanges économiques fait l'objet d'une protection pénale. Cette protection porte tant sur la qualité des informations sur la base desquelles les obligations sont créées et circulent, que sur les contrôles garantissant la fiabilité de ces informations. L'institutionnalisation du contrôle auquel a procédé la loi de 1966 a attribué le monopole du contrôle légal aux commissaires aux comptes. Le monopole, souvent attribué à une profession, fait l'objet d'une protection pénale. La norme pénale intervient en raison de la nécessité des contrôles du CAC (I), qui vérifie la fiabilité des informations. Ces contrôles sont nécessaires dans la mesure où ils permettent d'identifier le patrimoine de certaines personnes morales. Autrement dit, les sanctions de la norme pénale participent également à l'identification du patrimoine (II), qui fait l'objet d'enregistrement par le CAC et par divers organismes.

I. Nécessité des contrôles du CAC

La nécessité des contrôles du CAC consiste d'abord dans l'affirmation du monopole du contrôle légal (1), puis par l'impartialité des contrôles du CAC (2).

1. Le monopole du contrôle légal

275. Dans le cadre du contrôle légal des comptes, le monopole des commissaires aux comptes est pénalement protégé par le délit d'exercice illégal de la profession. En contrepartie d'une telle protection, le commissaire aux comptes est tenu par un devoir d'indépendance. Celui-ci est, d'une part, exigé par la déontologie et a, d'autre part, conduit le législateur à instaurer des incompatibilités légales interdisant aux commissaires aux comptes d'exercer le contrôle quand ils se trouvent dans certaines situations de dépendance. Ces incompatibilités sont sanctionnées au titre du délit de violation des incompatibilités légales qui protège l'indépendance du contrôle, sa transparence et sa fiabilité.

276. L'article L.820-5, 1° et 2° du Code de commerce incrimine[434] l'exercice illégal de la profession de commissaire aux comptes. Dans un premier temps, le délit protège l'insigne de la profession en sanctionnant l'usage du titre de commissaire aux comptes par des personnes ne remplissant pas les conditions auxquelles est soumise l'entrée dans la profession. Dans un second temps, le délit protège le monopole des commissaires aux comptes ainsi que les garanties de qualité et de fiabilité des informations soumises au contrôle légal.

277. La protection de la profession de commissaire aux comptes commence avec l'obligation d'inscription préalable sur la liste professionnelle[435] et la prestation de serment. Le délit se commet par l'exercice de la profession sans inscription préalable sur la liste professionnelle lorsqu'il est le fait d'un tiers n'ayant pas la qualité de commissaire aux comptes. L'entrée dans la profession se caractérise également par une prestation de serment[436]. Le délit peut ainsi être le fait d'une personne qui aurait exercé la profession sans prestation préalable de serment ou, bien qu'ayant prêté serment, aurait exercé alors qu'elle était soumise à une mesure d'interdiction ou de suspension temporaire[437], cette mesure pouvant être une condition préalable du délit.

278. L'identification des actes constitutifs d'un exercice illégal de la profession implique que ces actes entrent dans les fonctions ou dans les missions légales de commissaire aux comptes et qui sont accomplis par suite de réalisation de l'une ou l'autre des conditions préalables en cette qualité. L'accomplissement d'un seul acte de la profession peut être constitutif du délit[438], l'article L.820-5, 2° n'exigeant pas l'habitude, souvent requise à propos des délits d'exercice

[434] La première incrimination date du 12 août 1969 à l'article 85 du décret relatif à l'organisation de la profession de commissaire aux comptes
[435] Article L.822-1 du Code de commerce
[436] Article L.822-3
[437] Article L.822-63 et article L.821-10
[438] Marie-Paule LUCAS de LEYSSAC, ALEXIS MIHMAN, *droit pénal des affaires, manuel théorique et pratique, Ed.* Economica

illégal d'une profession[439]. Les personnes morales ou entités auprès desquelles la profession doit avoir été exercée sont des personnes ou entités soumises au contrôle légal, puisque c'est ce contrôle qui constitue le monopole des commissaires aux comptes. Il importe peu, cependant, qu'il s'agisse d'un contrôle légal facultatif ou obligatoire. Le fait est que l'article L.820-1 du Code de commerce soumet le commissaire aux comptes désigné à titre facultatif au régime de droit commun du commissariat aux comptes obligatoire. Il doit donc être admis que même quand il est facultatif, le contrôle légal entre dans le monopole des commissaires aux comptes[440].

279. La détermination de l'élément intentionnel suppose quant à elle que l'agent ait su qu'il n'avait pas le droit d'exercer la profession de commissaire aux comptes. Suivant la jurisprudence, la seule violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique ainsi l'exigence d'une intention, de sorte que la détermination de celle-ci ne peut pas être contestée, dès lors qu'il y a eu notification à l'intéressé de la décision exécutoire dont il fait l'objet. Avant la loi NRE du 15 mai 2001, l'exercice illégal de la profession de commissaire aux comptes était une simple contravention de 5e classe. Cette qualification contraventionnelle paraissait inadéquate. L'infraction portant atteinte à des intérêts publics, le législateur l'a correctionnalisée. Avec les changements apportés par la loi NRE, l'incrimination est désormais applicable à l'ensemble des commissaires aux comptes de personnes morales ou d'entités soumises au contrôle légal à titre obligatoire ou facultatif. La protection pénale de l'impartialité et de l'indépendance des contrôleurs légaux par rapport à la personne ou à l'entité dont ils vérifient les comptes est une autre finalité plus clairement affirmée avec la loi NRE. Cette loi a, par l'article L.820-6 du Code de commerce, incriminé la violation des incompatibilités, qui sont soit d'ordre légal ou carrément constitutives du délit.

2. Impartialité des contrôles du CAC

280. Le législateur ne donne pas de définition des incompatibilités. Toutefois, il est traditionnellement admis qu'au travers des incompatibilités, la loi entend interdire l'exercice cumulatif et concomitant des fonctions de contrôleur légal et des fonctions qui compromettent l'impartialité ou l'indépendance du contrôle. Une interprétation littérale de la loi permet de dégager un critère formel et conduit à considérer qu'il y a *interdiction* quand le texte emploie des formules relevant des interdictions et qu'il y a *incompatibilité* quand il emploie le terme « incompatibilité ».

[439] A. Vitu, *Traité de droit criminel. Droit pénal spécial, n°465*

[440] Ce monopole souffre d'une exception concernant les coopératives agricoles et leur union, car le contrôle peut être fait par le recours au service d'une fédération agréée pour la révision mentionnée à l'article L.527-1 du Code rural. Voir aussi art.612-1, al. 3 C. com.

Cependant, il n'est pas exclu que des incompatibilités soient énoncées sous la forme d'interdictions. Celles-ci correspondent à des prohibitions d'exercer successivement des fonctions dont l'enchaînement peut menacer l'indépendance ou l'impartialité[441]. Mais dans certains cas, l'exercice successif de deux fonctions peut exposer l'indépendance du contrôle à un risque identique à celui qu'engendre l'exercice cumulatif et concomitant de deux fonctions incompatibles[442].

Le critère temporel fondé sur l'exercice cumulatif et concomitant d'activités incompatibles pourrait conduire à concevoir trop restrictivement la notion d'incompatibilité légale. A ce titre, les similitudes que présente le délit de violation des incompatibilités légales avec celui dit de la prise illégale d'intérêt semblent conforter cette observation. Le fait est que l'article L.820-13 fait interdiction aux dirigeants et aux salariés d'une personne morale de devenir contrôleur légal de celle-ci dans les cinq ans de la cession de leur fonction et correspond à une incompatibilité légale différée.

De même, l'article 432-13 du Code pénal interdit aux anciens agents publics de prendre, dans les trois ans de la cessation de leur fonction publique, des intérêts dans des entités qu'ils surveillaient quand ils étaient dans la fonction publique. Or, il est souvent admis que cet article sanctionne une incompatibilité différée. Sur le fondement de cette dernière, des interdictions peuvent donc être relatives à la catégorie des incompatibilités, c'est ce que confirme le code de déontologie, qui constitue l'une des sources des incompatibilités légales dont la violation est pénalement sanctionnée.

281. Les incompatibilités dites spéciales sont aussi celles qui sont sous le coup d'une sanction pénale dès lors qu'elles sont prévues par la loi ou par un texte ayant valeur de loi. Elles ont pour fondement un risque de partialité déterminé. Sous l'empire de la loi de 1966, les incompatibilités spéciales étaient prévues entité par entité. Le Code de déontologie[443], approuvé par un décret du Conseil d'État[444], constitue la source majeure des incompatibilités spéciales, mais l'article L.822-11, I, al.2 dispose que le Code de déontologie définit les liens familiaux, financiers ou professionnels générateurs d'incompatibilités « *sans préjudice des dispositions contenues dans le présent livre* ». Ce qui a pour conséquence que les cas d'incompatibilités spéciales peuvent être fondés sur les dispositions du livre VIII du Code de commerce, notamment dans les situations à l'occasion desquelles l'agent exerce auprès de la société contrôlée des activités qui sont

[441] Par exemple la prohibition de l'article L.822-4 du Code de commerce

[442] Tel est le cas lorsqu'un expert comptable qui établit les comptes de la société en devient le commissaire aux comptes à la fin de l'exercice. Dans une telle hypothèse elle contrôle elle-même des états financiers qu'elle a préalablement établis.

[443] Prévu à l'article L.822-16

[444] Décret du 16 novembre 2005, modifié par un décret du 24 août 2006

incompatibles avec l'indépendance du contrôle, de sorte qu'il y ait une situation cumulant les fonctions de surveillant et de surveillé.

282. D'autres cas d'incompatibilités spéciales sont prévus par le Code de déontologie. Ces cas sont fondés sur des liens soit personnels, soit financiers, soit professionnels, unissant directement ou indirectement le contrôleur légal à l'entité dont il certifie les comptes. Les liens personnels sont ceux unissant le contrôleur légal au contrôlé par une appartenance familiale, une proximité amicale ou affective. Les liens financiers se fondent sur l'idée que l'on ne peut pas contrôler en toute indépendance ou en toute impartialité des personnes auxquelles on est financièrement lié. Enfin, les liens professionnels sont ceux établissant un intérêt commercial ou financier commun en dehors des opérations courantes conclues aux conditions habituelles du marché, entre le commissaire aux comptes et la personne ou l'entité dont il certifie les comptes. L'acceptation, l'exercice ou la conservation du contrôle nonobstant les incompatibilités légales, qui sont spéciales, directes ou indirectes, contemporaines du contrôle ou différées, précédemment dégagées, sont des éléments matériels constitutifs du délit. Celui-ci suppose, d'ailleurs, un dol spécial et la connaissance des incompatibilités en dépit desquelles le contrôle a été accepté, exercé ou conservé. Cependant, dans l'hypothèse d'incompatibilités directes, il ne sera pas nécessaire de prouver le dol spécial, la violation consciente d'une obligation légale préexistante suffisant à remplir l'élément intentionnel[445].

II. Identification du patrimoine

L'identification du patrimoine intéresse d'abord la déclaration du patrimoine social des sociétés (1) et la publication des comptes sociaux (2).

1. Déclaration du patrimoine social

283. L'article L.123-1 du Code de commerce énumère six catégories de personnes[446] devant demander leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés (RCS). Cette demande doit être faite, pour ce qui est des sociétés, dès l'accomplissement des formalités de constitution[447]. Les personnes immatriculées doivent procéder aux déclarations d'inscription modificatives ou complémentaires[448] ainsi qu'aux déclarations aux fins de radiation[449].

---

[445] Marie-Paule LUCAS de LEYSSAC, ALEXIS MIHMAN, *droit pénal des affaires, manuel théorique et pratique, Ed.* Economica

[446] Personnes physiques commerçantes françaises et étrangères et les sociétés

[447] Article R.123-36 du Code de commerce

[448] Article R.123-43

[449] Article R.123-51 et R.123-52

284. Le premier alinéa de l'article L.123-4 dispose que «*le fait pour toute personne tenue de requérir une immatriculation ou une mention complémentaire ou rectificative, ou une radiation au registre du commerce et des sociétés, de ne pas, sans excuse valable, dans les quinze jour de la date à laquelle est devenue définitive l'ordonnance rendue par le juge commis à la surveillance du registre lui enjoignant de requérir l'une de ces formalités, déférer à cette injonction est puni de 3750 euros d'amende*». Le défaut d'immatriculation n'est donc pas pénalement sanctionné.

En revanche, le fait de ne pas déférer à l'injonction délivrée par le juge commis à la surveillance du registre du commerce est passible d'une sanction pénale. La procédure d'injonction judiciaire n'est prévue qu'à l'égard des commerçants personnes physiques[450]. Une interprétation stricte de la loi pénale conduit à considérer que le délit ne concerne que les commerçants personnes physiques, à l'exclusion des sociétés au regard desquelles le défaut d'immatriculation serait suffisamment sanctionné par les articles L.210-6 et L.242-1 du Code de commerce qui prévoient une absence de personnalité morale ainsi qu'une responsabilité solidaire et définie pour les actes ainsi accomplis[451]. Par ailleurs, toute personne immatriculée n'indiquant pas dans ses factures, notes, commandes, tarifs, documents publicitaires et correspondances, le numéro d'immatriculation de l'entreprise et les autres informations[452], peut se voir appliquer des sanctions pénales.

285. La société recherchant du capital social par émission de titres, par son amputation de plus de la moitié ou par sa réduction est soumise à trois formalités pénalement sanctionnées. Ainsi, en cas de recherche de capital par émissions de valeurs mobilières offertes au public, le président, l'administrateur, le directeur général ou le gérant doit procéder aux formalités de publicité parmi lesquelles figurent des obligations d'insertion d'informations au bulletin d'annonces légales officiel[453]. De même, en cas de perte de la moitié du capital social, dans les quatre mois qui suivent l'approbation des comptes qui ont fait apparaître que les capitaux propres sont devenus inférieurs à la moitié du capital, les dirigeants de SARL[454], de SA[455] et de SAS[456] doivent consulter les associés afin qu'une éventuelle dissolution anticipée soit décidée. Ensuite, ils doivent déposer au greffe du tribunal de commerce, inscrire au RCS et publier dans un journal

---

[450] Articles L.123-3 al. 1er

[451] Marie-Paule LUCAS de LEYSSAC, ALEXIS MIHMAN, *droit pénal des affaires, manuel théorique et pratique, Ed.* Economica p.307 § 478

[452] Article R.123-237 et R.247-4 du Code de commerce

[453] Article R.247-2 du Code de commerce

[454] Article L.241-6

[455] Article L.242-29 et L.242-30

[456] Article L.244-1

d'annonces légales, la décision de dissolution anticipée. Ces différentes étapes, à l'exception de la première, doivent également être entreprises en cas de réduction du capital social[457].

2. La publication des comptes sociaux

286. Au regard de leur activité, certaines sociétés sont tenues de publier leurs résultats financiers. Les dirigeants des SARL[458] et des SA doivent établir des comptes annuels et un rapport de gestion. S'agissant des sociétés cotées, l'article R.247-1 du Code de commerce impose aux dirigeants des sociétés dont les titres sont admis en tout ou partie à la négociation sur un marché réglementé, de procéder à la publication au BALO des comptes annuels, de la décision d'affectation des résultats, des comptes consolidés[459] et qu'ils déposent auprès de l'Autorité des marchés financiers le rapport semestriel prévu par l'article L.232-7. En outre, toute société par action est tenue, dans les trois mois suivants l'approbation des comptes par l'assemblée générale, de déposer en double exemplaire au greffe du tribunal, pour être annexés au RCS, les comptes annuels, le rapport de gestion, le rapport des commissaires aux comptes, la proposition d'affectation des résultats sociaux[460]. La publication de nombre de rapports est destinée à l'information des associés. Les manquements à l'information des associés peuvent ainsi donner lieu à deux catégories d'infractions constituées à l'occasion d'un défaut de convocation de l'assemblée générale et de présentation des comptes annuels, et du défaut d'information en matière de contrôle et de participation.

287. L'article L.225-100 du Code de commerce prévoit que l'assemblée générale ordinaire doit être réunie, au moins une fois par an, dans les six mois de la clôture de l'exercice, sous réserve d'une prorogation de ce délai par décision de justice. Il prévoit aussi que cette assemblée soit saisie de l'approbation des comptes annuels, du rapport de gestion[461] et du rapport des commissaires aux comptes. Le non-respect de ces prescriptions est passible de sanctions pénales[462]. Outre le défaut de convocation et de présentation des comptes annuels, le défaut d'information en matière de contrôle et de participation peut également faire l'objet de sanctions pénales. La participation consiste en une détention d'une part de capital d'une autre société qui est dite filiale, quand cette participation porte sur la moitié de son capital social[463]. Le contrôle au sens strict provient du pouvoir que donnent les droits de vote, lesquels ne coïncident pas toujours

[457] Article L.242-23, 2°
[458] Article L.241-4,1° et L.242-8 du Code de commerce
[459] Articles R.232-11 et R.232-13
[460] Article R.247-3
[461] Article L.225-235
[462] Article L.242-10 et L.241-5
[463] Article L.233-1 et L.233-2

avec le capital[464]. Ces prises de participation et de contrôle étant sources de pouvoirs, elles ne doivent pas demeurer cachées. De ce fait, les personnes physiques et les dirigeants de sociétés qui ont acquis dans une société cotée une part de capital ou de droits de vote comprise entre le 20e et les deux tiers doivent informer les dirigeants de cette société dans les quinze jours[465]. A ce titre, les actionnaires ont des droits à l'information, qui sont pénalement protégés, sur les prises de participation et de contrôle. Dans le sens inverse, les présidents, administrateurs, directeurs généraux ou gérants ont obligation de faire mention, dans le rapport annuel présenté aux associés sur les opérations de l'exercice, des prises de participation dans une société ayant son siège social en France représentant plus du vingtième, du dixième, du cinquième, du tiers, de la moitié ou des deux tiers du capital ou des droits de vote aux assemblées générales de cette société ou de la prise de contrôle d'une telle société. Dans le même rapport, il doit également être rendu compte de l'activité et des résultats de l'ensemble de la société, des filiales de la société et des sociétés qu'elle contrôle par branche d'activité, en n'omettant pas d'annexer au bilan un tableau comportant les renseignements en vue de faire apparaître la situation des filiales et participations[466] ainsi que l'identité des personnes détenant des participations significatives, les modifications intervenues au cours de l'exercice, le nom des sociétés contrôlées[467] et la part de capital de la société que ces sociétés détiennent[468].

[464] Article L.233-3 et L.233-10
[465] Article L.247-2, I
[466] Article L.247-1
[467] Article L.247-2, III
[468] Les commissaires aux comptes sont tenues aux mêmes obligations d'information dans leur rapport (article L.247-2, IV du Code de commerce

Section 2. La protection de la transparence

288. La transparence participe à la circulation des obligations et des signes monétaires qui y sont subséquents. De nombreux organismes et autorités participent à faire respecter cette transparence par les acteurs économiques. Le CAC contribue pleinement à faire en sorte que ce respect de la transparence soit suivi par les personnes soumises à son contrôle, dans le cadre de leur activité. Toutefois, la transparence n'est pas absolue. Les informations et les asymétries qu'elles créent, peuvent être protégées. Ce qui implique que les informations à communiquer font l'objet d'une modulation en fonction de l'intérêt de l'agent économique ou du fonctionnement du marché. A ce titre, il existe des informations dont le CAC sait qu'elles sont interdites (I) par la norme pénale. Ce traitement de l'information dans l'économie réelle trouve des applications dès lors que l'on s'intéresse à l'information boursière (II).

I. Les informations interdites

Les informations interdites sont matérialisées par les interdictions imputables au CAC (1) et les altérations adressées aux assemblées (2).

1. Les interdictions imputables au CAC

289. Les commissaires aux comptes disposent de pouvoirs d'investigation qui leurs permettent d'accéder à des informations secrètes dont la divulgation peut être préjudiciable aux personnes concernées par le secret. A ce titre, l'article L.822-15 du Code de commerce précise que les commissaires aux comptes sont astreints au secret professionnel pour les faits, actes ou renseignements dont ils ont pu avoir connaissance en raison de leur fonction. Les critères du caractère secret de l'information ne sont pas nécessairement cités par les textes. Toutefois, d'après la jurisprudence et la doctrine, les critères déterminant le caractère secret peuvent être soit une information confidentielle n'ayant pas été rendue publique, soit une information dont la divulgation serait préjudiciable.

290. L'information secrète en raison de son caractère confidentiel est une information qui est connue d'un nombre restreint de personnes et dont l'intérêt ou la valeur est liée à ce caractère confidentiel. Dans le cadre du droit du secret professionnel, le caractère confidentiel ne suppose pas nécessairement que l'information ne soit connue que par un nombre très restreint de personnes. Le fait que l'information soit parvenue à la connaissance de tiers étrangers au cercle des confidents ne retire pas son caractère secret à l'information dès lors que ces tiers n'ont pas de certitudes quant à sa faisabilité.

En revanche, le caractère secret cesse quand l'information a fait l'objet d'une communication au public qui la rend certaine. C'est, par exemple, le cas des informations comptables et financières qui deviennent publiques lorsque les comptes sont publiés ou lorsque ces informations sont communiquées à la presse. L'article 226-13 du Code pénal n'exige pas que la divulgation de l'information secrète ait causé un préjudice. Toutefois, l'intérêt de la personne protégée par le secret joue un rôle essentiel dans la définition du secret pénalement protégé[469]. En effet, le secret professionnel des commissaires aux comptes recoupe le secret des affaires. Il est communément admis que ce secret n'est nécessaire aux affaires que dans la mesure où sa connaissance par des tiers pourrait nuire au titulaire ou au maître du secret. Si le rôle du caractère préjudiciable de la divulgation était systématique, les commissaires aux comptes poursuivis pour violation du secret professionnel pourraient faire valoir que la divulgation qu'ils ont faite ne leur paraissait pas préjudiciable. Or, l'appréciation de la question de savoir si la divulgation d'une information est ou non préjudiciable appartient au maître du secret[470].

291. Les commissaires aux comptes ont l'obligation de ne pas parler en raison de leur secret professionnel. Ils ont aussi de nombreuses missions d'information. Les divulgations faites en exécution de ces missions sont couvertes par le fait justificatif général de l'ordre ou la permission générale de la loi. D'autres divulgations peuvent être justifiées par des faits spéciaux, car propres au délit de violation du secret professionnel. Le fait justificatif général de la permission de la loi fondée sur les missions légales d'information désigne des missions que les commissaires aux comptes doivent exercer auprès des organes de direction, des comités d'entreprise ou des assemblées générales, auxquels ils doivent faire connaître les irrégularités et les inexactitudes qu'ils ont rencontrées au cours de leurs contrôles. Les divulgations faites en exécution de ces missions ne sont couvertes par le fait justificatif de la permission de la loi que si elles sont faites aux organes qui en sont les destinataires. A cette précédente mission légale d'information interne, il convient de rajouter celle dite externe. Celle-ci consiste en la révélation de faits délictueux au procureur de la République, à l'Autorité de contrôle prudentiel, à l'Autorité des marchés financiers et à TRACFIN.

En outre, il est admis que l'obligation au secret professionnel cesse quand la divulgation d'informations couvertes par le secret est nécessaire à la défense de leurs dépositaires, dont la responsabilité pénale ou civile est recherchée. Le principe supérieur des droits de la défense, renforce d'ailleurs, cette position par l'article 6§1 CESDH, ce fait justificatif ne couvrant que les divulgations utiles à la défense.

---

[469] F. Warembourg-Auqe, « *Réflexion sur le secret professionnel* », *RSC* 1978, p.247

[470] *Ibid.*

La révélation du secret, qui peut se commettre par oral, par écrit, par transmission de documents contenant des informations secrètes, peu important ses modalités, peut constituer l'élément matériel du délit de violation du secret professionnel. L'intention reste, bien entendu, requise. Elle suppose que le commissaire aux comptes ait consciemment divulgué des informations qu'il savait secrètes. Une divulgation par imprudence ou négligence ne suffit pas. Toutefois, il n'est pas exclu que la qualité de professionnel conduise les juges à traiter les fautes d'imprudence grave en fautes intentionnelles.

292. La norme pénale n'hésite pas à sanctionner les altérations portées sur des informations auxquelles on doit pouvoir donner foi. Par exemple, lors de la constitution d'une société ou d'une augmentation de capital, il peut être commis un délit de majoration frauduleuse des apports en nature[471]. Le fait est que les apports en nature correspondent à des biens corporels mobiliers, immobiliers ou incorporels qui peuvent faire l'objet d'une surévaluation. D'où la mise en place par le législateur d'un commissaire aux apports qui doit être un commissaire aux comptes ou un expert inscrit sur une liste. Le délit est défini par les textes comme le fait par toute personne de faire frauduleusement attribuer à un apport en nature une évaluation supérieure à sa valeur réelle. Les auteurs du délit peuvent être les commissaires aux apports ou les associés. Ainsi, les infractions se commettant par altération des informations que les comptes donnent sur la situation patrimoniale et financière de la société amènent à distinguer celles qui sont imputables aux dirigeants de celles qui sont imputables aux commissaires aux comptes.

293. L'article L.820-7 sanctionne pénalement « *le fait par toute personne (...) de ne pas révéler au procureur de la République les faits délictueux dont il a connaissance* ». Cette incrimination fut introduite dans la loi de 1867 sur les sociétés commerciales par décret-loi du 8 août 1935, à la suite des scandales financiers des années 1930. Elle trouvait sa raison d'être dans l'idée que les délits se commettant dans les cercles fermés que sont les sociétés peuvent déstabiliser l'ordre public, économique et financier, sans pouvoir être préalablement découverts par les autorités de poursuites, alors qu'ils peuvent l'être par les commissaires aux comptes au cours de leurs opérations de contrôle et de vérification.

294. Sous l'empire de la loi de 1867, la mission des commissaires aux comptes était d'essence contractuelle et avait pour finalité de protéger les intérêts privés des associés de la société. Or, la mission de révélation ouvre les missions des commissaires aux comptes sur la protection

[471] Article L.241-3, 1°C. Com pour les SARL, L.242-2, 4°C.com pour les SA, L.243-1 C.com pour les SCA, L.244-2 C. com pour les SAS

d'intérêts publics. Bien que le délit fût fortement critiqué[472], la loi de 1966 vint légaliser les missions des commissaires aux comptes, de sorte qu'ils sont devenus des organes ou des institutions de contrôle et qu'ils sont, à ce titre, garants de la régularité comptable et financière. Les commissaires aux comptes peuvent eux-mêmes être auteurs du délit de non divulgation de faits délictueux, en cas d'une nomination au titre du contrôle légal obligatoire ou facultatif. La constitution du délit nécessite que soient établis l'existence de faits délictueux et que ceux-ci soient en relation avec la finalité des missions des commissaires aux comptes.

295. L'établissement de faits objectivement délictueux emporte que ceux-ci soient susceptibles d'une qualification pénale. Il peut s'agir de crimes ou de délits, mais souvent les infractions révélées sont délictuelles. Peu importe que les auteurs des faits délictueux ne soient pas poursuivis ou qu'ils ne puissent plus l'être. Il importe peu, également, que les faits délictueux, découverts et non révélés, aient été commis avant l'entrée en fonction du commissaire aux comptes ou, à l'inverse, qu'après la découverte des faits délictueux qui n'ont pas été révélés[473]. L'obligation de révélation survit donc à la cessation des fonctions. La qualité de l'auteur des faits délictueux est en principe indifférente. Toutefois, selon la règle *non bis in idem* ou selon le principe selon lequel nul ne peut être contraint à s'auto accuser, le commissaire aux comptes ne peut donc être tenu de révéler des infractions dont il serait l'auteur ou le complice. Par ailleurs, les faits délictueux doivent être en relation avec la finalité des missions légales des commissaires aux comptes[474]. Ce qui implique que les commissaires aux comptes n'ont à révéler que les faits délictueux portant atteinte à des intérêts dont ils sont gardiens en raison de la finalité des missions qui leur sont confiées.

2. Les altérations adressées aux assemblées

296. Les informations interdites sont surtout celles issues ou ayant fait l'objet d'altérations. Elles peuvent être le fait des dirigeants de société. Les altérations d'informations imputables aux dirigeants peuvent être constitutives du délit de présentation ou de publication de comptes infidèles et du délit de distribution de dividendes fictifs. Sous l'empire de la loi de 1867 sur les sociétés commerciales, le bilan avait pour seul objet de dresser un état de la composition du patrimoine du commerçant. Cette loi incriminait spécialement la distribution de dividendes

[472] D'aucuns considéraient qu'il dénaturait la mission de commissaire au comptes, mais aussi au motif que le choix de politique criminelle qu'avait fait le législateur en pénalisant la mission de révélation, contrairement à ce qui avait été retenu pour l'obligation de l'article 40 CPP faite aux fonctionnaires et aux autorités constituées de signaler au Procureur de la République les infractions dont ils ont connaissances dans l'exercice de leur fonction

[473] CA Paris, 30 juin 1983, *BCNCC 1971*, p. 4 note E. du Pontavice

[474] R. Merle et A.Vitu, *Traité de droit criminel*, n°157

fictifs, ces derniers portant atteinte aux gages des créanciers quand ils sont prélevés sur le patrimonial social.

297. Le décret-loi de 1935 est venu incriminer la présentation ou la publication de bilans inexacts dans les SA et les SARL. Ces délits ont été repris puis étendus par la loi de 1966. Sous la présidence de la Grande Bretagne, une directive européenne de 1978 a souligné la nécessité d'harmoniser les informations données dans les comptes sociaux. Par la suite, la loi du 3 avril 1983 est venue incriminer la présentation ou la publication des comptes annuels ne présentant pas une image fidèle de la situation de la société[475]. Il protège les associés, les créanciers et les investisseurs potentiels contre les mensonges entachant les comptes sociaux. Il protège également l'ordre public, économique et financier qu'il peut gravement déstabiliser[476].
Le bilan, le compte de résultat et l'annexe sont les documents comptables dont la distorsion fait l'objet de l'incrimination. Ces trois documents forment un tout indissociable[477]. En plus de leur nature économique et financière, ils ont également une essence juridique car ils déterminent les droits patrimoniaux des actionnaires – bénéfices distribuables – et le gage des créanciers. Ils sont soumis à l'approbation des associés[478].

298. Les textes d'incrimination ne définissent pas l'image fidèle à laquelle ils se réfèrent, mais ils exigent que les dirigeants ayant présenté ou publié des comptes infidèles aient agi en vue de « *dissimuler la véritable situation de la société* ». Ce qui implique que les comptes de la société doivent être établis conformément aux règles et principes comptables qui veulent que les comptes soient « *réguliers, sincères et donnent une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise* »[479]. Un manquement à ces règles ou principe est constitutif de la première condition de l'infidélité des comptes, à laquelle il faut ajouter le fait que l'irrégularité comptable doive avoir une incidence significative sur l'exposé de la situation de la société.

---

[475] Article L.242-6, 2° C. com

[476] Marie-Paule LUCAS de LEYSSAC, ALEXIS MIHMAN, *droit pénal des affaires, manuel théorique et pratique, Ed.* Economica

[477] Les comptes consolidés ne sont pas visés par le texte d'incrimination. Toutefois, ils doivent, eux aussi, être réguliers, sincères et donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'ensemble constitué par les entreprises comprises dans la consolidation (art. L.233-21 C. com). Même si les groupes n'ont pas de personnalité juridique, l'exclusion des comptes consolidés du champ de l'incrimination tient surtout à la technicité et à la spécificité de ces comptes qui rendent particulièrement délicate et difficile l'appréciation de leur infidélité. Dans le rapport Marini de 1996, la proposition d'étendre l'incrimination aux comptes consolidés était limité aux cas où ces comptes étaient « *manifestement* » infidèles. « Manifestement » ne répondant au principe de la légalité criminelle, la proposition est restée sans effet. La loi NRE du 15 mai 2001 n'a pas non plus profondément modifié le champ d'incrimination des comptes infidèles.

[478] Crim., 29 avril 1995, *Dr. Pén.* 1995, comm. 205, obs. J.-H. Robert

[479] Article L.123-1, al. 1er C. com.

La présentation des comptes s'entend d'une présentation collective aux associés. Le délit peut donc être constitué quand au jour de la réunion de l'assemblée générale les dirigeants présentent les comptes à cette assemblée ou par simple mise à disposition de ces comptes aux associés, au siège de la société[480]. La publication des comptes est quant à elle entendue par la jurisprudence. Il peut s'agir de la publication obligatoire au BALO de la publication faite à l'occasion de l'émission publique d'actions ou d'obligations, mais aussi d'une communication à l'occasion d'une conférence de presse[481].

299. Le texte exige que les dirigeants aient agi en vue de dissimuler la véritable situation de la société. Un dol spécial caractérisé est requis. En réalité, le délit peut être qualifié de formel et son élément moral se réduit car l'objectif de dissimulation de la véritable situation de la société peut, ainsi, être admis au seul motif que les dirigeants connaissent l'infidélité des comptes qu'ils ont présentés ou publiés, le dol général peut être suffisant[482]. La preuve de l'élément moral peut être rapportée par le procédé de la présomption judiciaire qui consiste à déduire l'intention des irrégularités entachant les comptes dont les dirigeants ont eu connaissance. Si ces irrégularités sont graves, répétées et significatives, les juges en déduisent que les prévenus ont eu la volonté de dissimuler la véritable situation de la société[483]. Si elles sont vénielles, ils entrent en voie de relaxe.

300. « *Le fait, pour le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme, d'opérer entre les actionnaires la répartition de dividendes fictifs, en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaires frauduleux*[484] » est sanctionné par la norme pénale. Cette incrimination vaut également pour les SAS[485], pour les SARL[486], les SCA[487] et les sociétés civiles de placements immobiliers[488]. Cette incrimination protège les associés et les investisseurs d'une apparence de prospérité de la société. Elle protège également le droit de gage des créanciers, les bénéfices fictifs étant prélevés sur le capital ou les réserves. Pour que le délit soit constitué, les dividendes doivent, d'une part, avoir été attribués en l'absence d'inventaire ou au moyen d'un inventaire frauduleux et, d'autre part, être fictifs.

---

[480] Trib., corr. Seine, 13 juil. 1963, *GP* 1963.2.235 ; CA Paris, 12 juin 1984, *GP 1984.2.596*
[481] Véron, *Droit pénal des affaires, n°346*
[482] Marie-Paule LUCAS de LEYSSAC, ALEXIS MIHMAN, *droit pénal des affaires, manuel théorique et pratique, Ed.* Economica
[483] Crim., 12 janvier 1981, *D.* 1981, p. 348, note Cosson
[484] Article L.242-6, 1° C. com
[485] Article L.241-1 C. com
[486] Article L.241-3, 2° C. com
[487] Article L.243-1 C. com
[488] Article L.231-11,1° CMF

Le défaut d'inventaire est la condition préalable du délit. Le fait est qu'en absence d'inventaire, il n'est pas possible de savoir si la société a ou n'a pas fait de bénéfices. Selon la jurisprudence, tout document rendant compte de l'effectivité de l'actif et du passif vaut inventaire. D'après l'article R.123-177 du Code de commerce, « *l'inventaire est un relevé de tous les éléments d'actif et de passif au regard desquels sont mentionnées la quantité et la valeur de chacun d'eux à la date d'inventaire* ». En conséquence, le bilan vaut inventaire[489]. Or, en pratique, le bilan est établi séparément de l'inventaire, de sorte que l'absence d'inventaire est impuissante à remplir la première condition du délit. Ainsi, les poursuites fondées sur l'absence d'inventaire sont quasiment inexistantes. Le bilan ou l'inventaire sont, quant à eux, frauduleux quand ils font l'objet de manipulations qui, ayant des incidences sur le résultat, sont de nature à créer un bénéfice artificiel[490]. Ce genre de fraude se commet soit en majorant frauduleusement l'actif, soit en minorant frauduleusement le passif.

301. Les dividendes attribués sur des bénéfices qui ne sont pas légalement distribuables[491] sont dits fictifs[492]. Ainsi, hors réduction du capital, aucune distribution ne peut être faite aux actionnaires lorsque les capitaux propres sont inférieurs au montant du capital augmenté des réserves que la loi ou les statuts ne permettent pas de distribuer[493]. Les dividendes ne peuvent pas non plus être distribués sur les réserves, en raison de l'objet de ces dernières. Ainsi, la réserve légale a pour objet de renforcer le gage des créanciers et doit atteindre 10% du capital social auquel elle est assimilée. Elle ne peut pas être distribuée.

302. Les réserves statutaires ne sont pas obligatoires, mais elles sont souvent assimilées aux réserves légales[494]. Enfin, les réserves de réévaluation permettent de traduire en comptabilité l'augmentation de valeur d'un bien tout en maintenant l'inscription de celui-ci à sa valeur d'origine. Ces réévaluations sont assimilées par le droit fiscal à des bénéfices imposables mais elles ne font que rétablir la valeur d'actif qui était sous-évaluée. Elles ne correspondent donc pas à des bénéfices réalisés. C'est la raison pour laquelle l'article L.232-11, al. 4 dispose que l'écart de réévaluation « *n'est pas distribuable* » et qu'il « *peut être incorporé tout ou partie dans le capital social* ». Pour que les bénéfices soient distribuables, il faut qu'ils soient le résultat d'opérations accomplies. La distribution de bénéfices futurs, non encore réalisés, est donc, elle aussi constitutive d'une distribution de dividendes fictifs.

---

[489] Crim., 23 juin 1933
[490] Crim., 4 mai 1954 *Bull.159*
[491] Les dividendes distribués en violation de l'article L.232-12
[492] Article L.232-12, al. 3
[493] Article L.232-11 al. 3
[494] Article L.232-11, al. 1er et 3

Dans les faits, le délit de distribution de dividendes fictifs vise les dirigeants qui ont opéré la répartition des dividendes fictifs entre les actionnaires. Dans un arrêt de 1936, la chambre criminelle a précisé que la répartition des dividendes était opérée dès leur mise à disposition aux actionnaires par une décision des dirigeants ouvrant à leur profit un droit privatif dont la valeur entre aussitôt dans leur patrimoine[495]. L'ordre de mise en paiement des dividendes suffit à consommer le délit, lequel ne se renouvelle pas lors de la perception. Le délit suppose que les dirigeants aient eu connaissance de la fictivité des dividendes dont ils ont opéré la répartition.

303. L'idée que le contrôle pourrait être vidé de son utilité si les contrôleurs légaux pouvaient impunément donner des informations mensongères à l'occasion de leurs opérations de contrôle et de vérification, a amené le législateur à incriminer toute altération d'information imputable au commissaire aux comptes. Cette incrimination concerne aussi bien les commissaires aux comptes nommés au titre du contrôle légal obligatoire que ceux nommés à titre facultatif. Ainsi, lorsque les commissaires aux comptes donnent ou confirment des informations mensongères dans le cadre de leurs missions d'informations, ils s'exposent aux poursuites fondées sur le délit général de l'article L.820-7 du Code de commerce ou sur les délits spéciaux des articles L.242-20 du Code de commerce et L.573-8, al. 3 du Code monétaire et financier.

304. La fourniture ou la confirmation d'informations mensongères incriminées à l'article L.820-7 du Code de commerce suppose que les informations protégées contre le mensonge doivent avoir été données en exécution des missions légales ou rattachables à celles-ci, et doivent avoir porté sur la situation de la société. Les informations données en exécution des missions légales sont toutes celles que les commissaires aux comptes sont appelés à donner en application des textes régissant leurs missions et au travers desquelles ils rendent compte de leurs opérations de contrôle ou de vérification. Plus concrètement, les informations faisant l'objet de la protection pénale sont, dans un premier temps, celles données dans le rapport général fait à l'assemblée appelée à statuer sur les comptes annuels, dans lequel le commissaire aux comptes certifie que les comptes sont réguliers, sincères et donnent une image fidèle de la société.

En second lieu, ce sont les informations données en exécution des multiples missions spéciales d'information dont sont chargés les commissaires aux comptes et au titre desquelles ils ont l'obligation de signaler les éventuelles irrégularités dont ils ont eu connaissance. Les informations données par les commissaires aux comptes ne doivent, en principe, pas être conformes aux connaissances qu'ils ont acquises lors de leur contrôle. En outre, certaines informations, données à des tiers qui n'en sont pas les destinataires légaux, peuvent être

[495] Crim., 28 mars 1936, *Bull.39.*

pénalement protégées contre le mensonge si elles sont rattachables à d'autres missions légales. Le mensonge constitutif du délit peut ainsi se justifier en raison de la méconnaissance d'intérêts publics dont les commissaires aux comptes peuvent être considérés comme les gardiens au regard des autres missions que leur confie la loi[496]. Les informations mensongères peuvent porter sur la situation de l'entité contrôlée. Il peut s'agir de la situation comptable et financière de la société. Ainsi en est-il quand les commissaires aux comptes ont certifié que les comptes étaient réguliers, sincères et fidèles, alors qu'ils savaient qu'ils ne l'étaient pas. Le mensonge peut également porter sur la régularité de la situation juridique de l'entité contrôlée[497]. L'information donnée ou confirmée peut l'être par écrit ou par oral et parvenue à ses destinataires. Les commissaires aux comptes peuvent eux-mêmes forger le mensonge, en déclarant par exemple qu'ils n'ont constaté aucune irrégularité ou en cautionnant, contrairement aux résultats de leur vérification, les mensonges préexistants des dirigeants.

305. Le mensonge peut également être constitué par action ou par omission. Selon certains auteurs, les termes « *avoir donné ou infirmé une information mensongère*» ont pour conséquence que le délit est un délit d'action qui, en vertu de la règle « *il n'y a pas de commission par omission* », ne peut pas se commettre par omission. D'autres considèrent que le délit peut être constitué au motif que les commissaires aux comptes ayant l'obligation de signaler à l'assemblée générale les irrégularités dont ils ont connaissances, ils confirment, en ne les démentant pas, les informations mensongères données par les dirigeants.

Dans l'alignement à la position de la chambre criminelle, il convient de rappeler que la mission d'information des commissaires aux comptes se fonde sur leur présence aux assemblées générales d'actionnaires auxquelles ils doivent révéler les irrégularités dont ils ont eu connaissance. Quand ils omettent de démentir les informations mensongères que les dirigeants donnent à l'assemblée générale à laquelle ils assistent, il est permis de considérer que leur omission s'inscrit dans une action d'information qui peut être mensongère dans la mesure où ils ont conscience que les mensonges des dirigeants qu'ils ne démentent pas masquent des irrégularités qu'ils connaissent et qu'ils doivent signaler à l'assemblée générale.

Concernant l'élément intentionnel, il convient de préciser que la connaissance de la fausseté de l'information donnée ou confirmée par le commissaire aux comptes doit être appréciée par rapport aux connaissances qu'il a acquises lors de ses contrôles ou vérifications préalables. Ensuite, la connaissance de la fausseté de l'information doit exister au moment où l'information

[496] Marie-Paule LUCAS de LEYSSAC, ALEXIS MIHMAN, *droit pénal des affaires, manuel théorique et pratique, Ed.* Economica p.424 § 667

[497] CA Douai, 11 janvier 1974, *BCNCC 1974, p.291*

est donnée. Le délit ne peut pas être constitué si la connaissance de la fausseté de l'information n'a été acquise par le commissaire aux comptes qu'après qu'il l'a donnée.

306. Il est un certain nombre de délits, dits spéciaux, qui protègent contre le mensonge pouvant porter sur les informations données à l'assemblée générale appelée à décider de la suppression du droit préférentiel de souscription. La protection porte également sur les informations concernant les comptes des prestataires de services d'investissement. Le droit préférentiel de souscription est un moyen de sauvegarder les droits des actionnaires anciens dans la société et de préserver l'égalité des actionnaires. Ce sont les raisons pour lesquelles toute augmentation de capital en numéraires ouvre aux actionnaires, proportionnellement au montant de leurs actions, un droit de préférence à la souscription des actions nouvelles[498]. Toute clause contraire est réputée non écrite. Cependant, certaines augmentations de capital impliquent que les actionnaires renoncent à leur droit préférentiel de souscription. Dans ce cas, certaines informations doivent absolument figurer dans les rapports respectifs des dirigeants[499]et des commissaires aux comptes[500]. Dans le cadre des informations relatives à ce type d'opération, la norme pénale incrimine le fait de donner ou de confirmer des indications inexactes[501]. La terminologie « *indications inexactes* » tient à ce que certaines informations devant être données à l'assemblée générale appelée à décider du droit préférentiel de souscription sont davantage des indications que des informations véritables.
A la clôture de chaque exercice annuel, les prestataires de services d'investissement doivent établir, outre leurs propres comptes, l'inventaire des biens dont ils assurent la gestion, dresser l'état des sommes perçues au cours de l'exercice pour le compte des titulaires de droits et rédiger un rapport sur leur activité et sur la gestion des biens. Le fait de méconnaître ces obligations expose son auteur à une sanction pénale[502]. En effet, la norme pénale incrimine le fait, pour les commissaires aux comptes, de donner ou confirmer des informations mensongères sur les documents que doit établir le prestataire des services d'investissement ou de ne pas révéler au procureur de la République les faits délictueux dont ils ont eu connaissance.

II. Les informations boursières

Les informations participant à la circulation des obligations monétaires sur les marchés boursiers tombent sous le coup de la norme pénale lorsqu'elles entrent dans la catégorie des informations privilégiées (1) ou lorsqu'il est établi que l'information a été déformée (2).

[498] Articles L.225-132, al. 1er et 2 C. com
[499] Article L.550-4, al. 1er du Code monétaire et financier
[500] Article L.225-35 C. com et L.225-139 C.com
[501] Article L.242-20
[502] Article L.573-8 al. 1er

1. L'information privilégiée

307. L'utilisation ou la communication d'information privilégiée peuvent être constitutives du délit d'initié. Cela suppose que l'information soit non connue du public, précise et de nature à influer sur les cours. Le caractère privilégié de l'information doit avoir un lien intrinsèque avec celle-ci et doit pouvoir être apprécié objectivement et non en tenant compte des aptitudes de celui qui en dispose[503]. L'information privilégiée doit porter sur « *les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé* »[504]. En fait, le délit ne peut être commis que par des personnes disposant d'une information privilégiée. Celle-ci peut, dans un premier temps, être détenue par des initiés dits primaires ou par statuts[505]. Depuis la loi de 1970, les dirigeants doivent mettre sous forme nominative les actions émises par la société ou ses filiales qu'ils détiennent. Cette obligation vaut également pour les conjoints non séparés de corps de ces dirigeants[506]. Cependant, seuls les dirigeants peuvent être initiés par statut.

308. La qualité d'initié par statut tient à ce qu'en raison de leurs fonctions les dirigeants ne sauraient ignorer les informations pouvant avoir des incidences sur la valeur des titres des sociétés qu'ils dirigent. C'est la raison pour laquelle ils sont présumés initiés[507] s'ils ont fait des opérations sur ces titres alors qu'ils disposaient d'informations privilégiées non connues du public. Cette présomption souligne également que lorsqu'ils font des opérations d'initié grâce aux informations privilégiées dont ils disposent et dont les actionnaires ne disposent pas, les dirigeants manquent à leur devoir de confiance et commettent une sorte de détournement de pouvoirs sociaux à des fins personnelles.

Certaines personnes entrent dans la catégorie d'initiés par fonction car leur poste dans la société leur a permis d'acquérir la connaissance d'une information privilégiée. Les professions ou les fonctions pouvant fonder la qualité d'initié peuvent être très variées. Cette diversité tient à ce que le texte d'incrimination ne formule aucune exigence quant à la nature des fonctions. Il n'exige pas non plus que leur exercice soit la cause directe de la connaissance de l'information privilégiée, puisqu'il suffit que celle-ci ait lieu à l'occasion de l'exercice des fonctions. Cette

---

[503] De la sorte, pour la norme pénale, la notion d'initié est plus étroite que la conception retenue par la directive européenne du 13 novembre 1983 concernant la coordination des réglementations relatives aux opérations d'initiés et par le règlement COB 90-08 sur le manquement d'initié. Selon cette directive, étaient également initiées les personnes possédant une information privilégiée provenant d'un initié.

[504] Article L.465-1 du Code monétaire et financier

[505] Article L.465-1, al. 1er du Code monétaire et financier

[506] Artcle L.225-109, al. 2 C. com.

[507] Cette présomption ne peut être que simple, en raison de la présomption d'innocence. Elle peut donc être combattue par la preuve contraire (Crim., 19 octobre 1995, *Rev. soc. 1996, p. 323 note B. Bouloc.*

diversité conduit ainsi à ranger les initiés en groupe d'initiés internes et externes. Dans le premier groupe entrent les cadres non dirigeants ou les directeurs financiers[508], dans le second groupe entrent les personnes qui, par leurs fonctions ou leur profession, sont appelées à avoir des relations avec la société ou à prendre des décisions à propos de ses affaires. Au regard de ces personnes, le délit tend à sanctionner un manquement à un devoir contractuel de déontologie, de sorte que les personnes accédant à des secrets d'affaires ne les exploitent pas à des fins personnelles. A la différence des initiés primaires, les initiés secondaires ne sont pas présumés initiés. La preuve que l'information a été acquise à l'occasion de l'exercice des fonctions doit donc être rapportée. Elle peut l'être par tout moyen et, par suite, par présomption judiciaire.

309. Jusqu'à la loi du 15 novembre 2001 sur la sécurité quotidienne, n'était incriminés que les délits d'initiés par statut ou par fonction. La jurisprudence remédiait cette lacune en retenant un recel d'initié contre les personnes non initiées qui, après communication d'une information privilégiée, avait réalisé une opération d'initié[509]. A la suite des attentats du 11 septembre 2001, la loi du 15 novembre 2001 a introduit un nouvel alinéa selon lequel peut être initié « *toute personne (...) possédant en connaissance de cause des informations privilégiées* »[510]. Depuis lors, la notion pénale d'initié a rejoint celle du règlement général de l'AMF qui prévoit que les obligations d'abstention s'appliquent également « *à toute personne détenant une information privilégiée et qui sait ou aurait dû savoir qu'il s'agit d'une information privilégiée* »[511].

310. Le délit d'initié peut être consommé directement ou par personne interposée à l'occasion d'une ou plusieurs opérations. L'aide à un tiers peut également consommer le délit. Il faut noter que la loi ne formule aucune exigence à propos de la nature de l'opération. Celle-ci peut consister à acquérir des titres dans l'espoir de réaliser un profit ou à les vendre dans le souci d'éviter des pertes. A l'origine, le texte exigeait que l'opération fût réalisée sur le marché boursier, excluant ainsi les cessions de titres faites de gré à gré. La loi du 2 juillet 1996 sur la modernisation des activités financières a supprimé toute référence au cadre économique du délit. Ainsi, toutes les transactions réalisées par négociation de gré à gré peuvent matériellement consommer le délit, dès lors qu'elles portent sur des instruments financiers visés par le texte. Il suffit que les titres soient admis sur un marché réglementé, sans qu'il soit besoin qu'ils aient été négociés sur ce marché.

[508] Tr. Corr. Paris, 17 mai 1976, JCP 1976, II, 18946, note Tunc
[509] Crim., 26 octobre 1995, *Bull.324, affaire Péchiney*.
[510] Article L.465-1 du Code monétaire et financier
[511] Article 622-2 du règlement général de l'AMF

Au départ, le délit ne pouvait être le fait que d'initiés par statut ou par fonction et supposait que ceux-ci réalisent une opération d'initié qui devait avoir eu lieu dans leur patrimoine. Mais, la loi du 3 janvier 1983 sur le développement des investissements et de l'épargne est venue incriminer l'initié qui permet sciemment à un tiers de réaliser une opération d'initié. Ce qui implique que le délit peut être le fait d'un initié qui n'a pas opéré lui-même d'opération sur le marché mais a permis à un tiers de profiter de l'information privilégiée qu'il lui a communiquée. Par ailleurs, l'infraction suppose que l'initié ait su que l'information qu'il communiquait serait exploitée par ceux à qui il l'a communiquée. Toutefois, pour que cet élément intentionnel soit constitué, il faut que l'initié ait livré l'information à des personnes dont il savait qu'elles étaient des opérateurs sur le marché[512]. Enfin, la qualification ne peut être retenue que si le tiers auquel l'information a été communiquée a réalisé une opération d'initiée grâce à celle-ci.

311. La catégorie d'initié tertiaire, prévue par la loi du 15 novembre 2001, a permis de cesser d'avoir recours au recel pour incriminer la communication d'une information privilégiée à un tiers avant que le public n'en ait eu connaissance. Le fait est que les initiés sont soumis à une obligation de confidentialité comparable au secret professionnel. La communication d'informations privilégiées est permise si elle est faite à titre professionnel. Le tiers qui reçoit l'information qui lui a été illégalement communiquée devient pénalement punissable s'il exploite l'information ou si, à son tour, il la communique à d'autres tiers en ayant conscience qu'il s'agit d'une information privilégiée.

312. L'agent ayant accompli des actes correspondant aux éléments matériels du délit doit avoir eu conscience du caractère privilégié de l'information. Aussi, dans ses diverses modalités, le délit suppose-t-il que sa commission se réalise selon que certains éléments dits constants ou variables sont établis. La constante tient à ce que l'agent doit avoir eu conscience du caractère privilégié de l'information quand il a accompli un des actes constitutifs du délit d'initié. Les variables consistent, elles, dans un premier temps, au fait d'avoir réalisé une opération. Dans un second temps, l'autre variable signifie que l'auteur du délit a sciemment permis à un tiers de réaliser une opération, c'est-à-dire que l'initié a eu conscience que l'information qu'il communiquait au tiers serait exploitée par ce dernier.

313. La preuve de la connaissance du caractère privilégié de l'information peut être présumée de façon systématique quand les initiés en cause sont des initiés par statut. Cette présomption vaut quelle que soit la modalité de commission du délit car elle découle du statut. Dans d'autres cas, la connaissance du caractère privilégié de l'information doit être spécialement rapportée.

[512] Crim., 26 octobre 1995 (affaire Péchiney Triangle)

C'est notamment le cas lorsque le délit de communication de l'information privilégiée à des tiers est le fait d'initiés par fonction, qui seraient devenus tels par exercice de fonctions n'ayant aucun lien avec la matière financière, ou le fait d'initiés tertiaires. Leur connaissance du caractère privilégié de l'information ne pouvant pas être automatiquement déduite des professions ou fonctions qu'ils exercent, elle doit être spécialement prouvée.

2. Incrimination de l'information déformée

313. La diffusion d'informations fausses ou trompeuses[513] a été incriminée[514] par la loi du 23 décembre 1970 en même temps que le délit d'initié. Sa raison d'être réside dans le souci de protéger les décisions d'investissement des épargnants et de garantir une information exacte et précise[515]. Le délit se commet en répandant dans le public une information fausse ou trompeuse. L'objet des informations fausses est le même que celui des informations privilégiées[516]. Le texte incrimine le fait de répandre des informations fausses ou trompeuses *« sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé »*.

Les informations fausses incriminées sont celles qui sont contraires à la vérité ou à ce qui peut être comptablement considéré comme tel. Ainsi en est-il quand des informations inexactes sont données sur la situation de la société[517]. Les informations trompeuses sont, elles, de nature à induire en erreur. Il s'agit par exemple des informations tronquées ou incomplètes qui ne donnent pas une image fidèle de la situation économique et financière de la société[518]. Le délit se commet par la diffusion d'une information fausse ou trompeuse dans le public. L'information ainsi répandue doit être de nature à agir sur les cours pour être constitutive du délit. Ce dernier peut, par ailleurs, être le fait de toute personne. Ses auteurs n'ont pas besoin d'avoir une qualité particulière.

314. L'application de l'article 121-3 du Code pénal suppose que le délit demeure intentionnel. En effet, le texte d'incrimination de 1983 exigeait que la diffusion d'informations fausses ou trompeuses ait été faite « *afin d'agir sur les cours* ». Il fallait un dol spécial renforcé qui imposait à l'accusation de prouver, non seulement que le prévenu connaissait la fausseté des informations,

---

[513] Article L.465-2, al. 2 du Code monétaire et financier

[514] Article 10-1 de l'ordonnance de 1967 sur la COB

[515] V. N.Rontchevski, « *Liberté d'expression et délits boursiers* », *Bull. Joly 2001, p.211, §42 ; D.* Schmidt, « Transparence et marchés et marchés financiers et boursiers », in *La transparence, Revue de jurisprudence commerciale* 1993, p.168

[516] Voir délit d'initié

[517] Trib. Corr. Paris, 17 déc. 1997, *Bull. Joly 1998,* p.455, note N. Rontchevski

[518] CA Paris, 25 janvier 2000 *Bull. Joly 2000,* p.267, note N. Rontchevski

mais encore qu'il avait procédé à leur diffusion en vue d'agir sur les cours. La preuve de ce mobile étant quasiment impossible, la loi du 22 janvier 1988 est venue substituer, au dol spécial renforcé, un dol spécial ordinaire en exigeant simplement de l'auteur de la diffusion qu'il ait agi *« sciemment »*. Il suppose que l'agent ait connu le caractère faux ou trompeur des informations qu'il a diffusées, à condition que cette connaissance soit concomitante de l'acte de diffusion car le fait de ne pas rectifier une information dont on sait qu'elle n'est plus exacte ne peut pas être constitutif du délit[519].

315. La norme pénale protège également le marché en le préservant d'éventuelles manipulations de cours. Celles-ci consistent à adresser par des manœuvres un faux signal aux investisseurs sur les marchés financiers. Ces fausses manœuvres se caractérisent à la fois par leur objet et leur consistance qui peuvent avoir pour conséquence d'entraver le fonctionnement régulier d'un marché réglementé. C'est la loi du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie qui a posé l'exigence d'une entrave à un marché réglementé. Cette entrave peut être constituée dès lors que sont utilisés des procédés dont l'objet n'est pas d'investir ou désinvestir, mais de provoquer momentanément une hausse ou une baisse artificielle des cours. L'atteinte de ce résultat importe peu puisque le seul but d'entrave du fonctionnement du marché est constitutif du délit, cette position se vérifie d'ailleurs par l'incrimination de la tentative.

316. Les travaux préparatoires de la loi du 22 janvier 1988 ont posé quatre types d'opérations pouvant être significatives de manœuvres visant l'entrave du fonctionnement régulier du marché. Il est utile de noter que les quatre types d'opérations posés par les travaux préparatoires ne sont pas exhaustifs[520]. En outre, il ressort de ces travaux que les manœuvres, moyens du délit, peuvent être soit qualifiées de « *manœuvres par fausse entreprise* », soit de « *manœuvres par mensonges renforcés par l'intervention de tiers* ». Les premières consistent à lancer des ordres d'achat ou de ventes motivés par la finalité de faire rapidement et artificiellement varier les cours à la baisse ou à la hausse. Quant aux secondes, elles consistent à faire varier artificiellement les cours par la diffusion de fausses nouvelles ou rumeurs, celles-ci pouvant être constitutives du mensonge de base de la manœuvre manipulatrice. Le but des manœuvres incriminées est de tromper les opérateurs. Il faut que l'agent veuille duper les investisseurs. L'auteur des manœuvres veut provoquer les investissements d'un ensemble déterminé d'opérateurs. Il s'agit de manipuler les

[519] Ce délit étant un délit d'action, le fait de garder le silence sur un fait important ayant des incidences sur la situation de la société ne peut être pénalement répréhensible au titre du délit étudié, ce silence correspondant à une simple omission d'information. Mais cette omission peut être constitutive du manquement aux obligations d'informations posé par le Règlement général de l'AMF (article L.621-15, II, c, et L.622-14)

[520] L'article 2 de la directive 2003/6/CE du 28 janvier 2003 procède à des illustrations complémentaires

réactions de masses d'individus ayant un intérêt pour les investissements sur les marchés financiers. Le délit suppose ainsi un dol spécial. Celui-ci doit être prouvé par l'accusation. Cette dernière doit établir que le prévenu a voulu fausser le fonctionnement régulier du marché en induisant autrui en erreur.

Conclusion titre 2

317. Les obligations et les signes monétaires ne circulent que parce qu'ils sont transférés d'un patrimoine à un autre. Ces patrimoines sont constitués de biens, de monnaie et d'un ensemble d'obligations. Les droits exercés sur les biens sont généralement érigés en raison de la reconnaissance du droit de propriété. Dans le cadre des relations d'affaires ou commerciales, le patrimoine des personnes a été considéré par le prisme des valeurs mobilières par lesquelles s'opèrent à la fois le détachement et le transfert de la propriété.

318. Les droits réels désignent l'ensemble des droits que les personnes exercent sur les biens constituant leur patrimoine. La norme pénale reconnaît l'intégrité patrimoniale en protégeant la volonté et le consentement d'autrui sur ses biens corporels ou non. La notion de patrimoine ne se confine plus aux seuls biens matériels ou aux seules valeurs monétaires et s'est progressivement « dématérialisée ». Cette dématérialisation a d'abord considéré le seul *instrumentum* de sorte que la qualification de vol a pu être retenue dans le cas de la soustraction d'un bien corporel ou incorporel. Puis, cette dématérialisation des éléments du patrimoine a pris un nouveau relief avec la reconnaissance des soustractions juridiques. Les évolutions de l'appréhension de l'extorsion permettent de concrétiser l'idée d'une nouvelle acception de la notion de patrimoine. La conscience, de l'auteur de l'extorsion, de l'absence de liberté de la victime, qui consent à la remise, permet à la norme pénale, dans la captation de cet élément indiquant l'intention de l'auteur de l'extorsion, d'ériger la liberté de l'individu en élément essentiel de l'intégrité patrimoniale, cette liberté étant la garantie de la volonté de posséder ou de transférer un des objets de son patrimoine.

319. La protection accordée au patrimoine par la norme pénale s'articule autour de l'altérité et de la volonté. Il s'agit de reconnaître les liens juridiques qui existent entre autrui et son patrimoine, et de valider sa volonté d'en garder librement la possession. Les biens possédés peuvent faire l'objet de transfert d'un patrimoine à un autre. Ce transfert peut être volontaire ou causé par des manœuvres réprimées par la norme pénale. Celle-ci protège les transferts de la propriété limités dans le temps, c'est la protection des remises précaires. L'abus de confiance nécessite que la remise du bien soit volontaire, librement consentie. La remise volontaire tient à ceci qu'elle est faite à titre contractuel, judiciaire ou légal. Il s'agit des contrats ayant pour objet des biens fongibles dont la jouissance a été transférée au bénéficiaire de la remise et des contrats de vente qui sont suivis d'une résolution pour non paiement du prix ou conclus sous condition résolutoire de revente. Le délit d'abus de confiance protège contre les atteintes au droit réel de propriété mobilière que conserve le remettant d'un bien.

320. Le détournement entraînant la qualification d'abus de confiance peut ainsi résulter d'une impossibilité, d'un refus de restitution ou d'un usage abusif, mais les protections initialement établies par la norme pénale peuvent être floutées par le fait de la relation contractuelle. Cependant, l'indice de précarité qui peut caractériser une remise consentie dans un cadre contractuel permet d'apprécier la volonté de disposer ou de transférer la propriété d'un bien dans un tel cadre. Le détournement justificatif d'abus de confiance peut signifier que l'auteur du délit s'est comporté en maître de la chose qui lui a été volontairement remise, niant ainsi la liberté de consentement, la volonté et donc le droit de propriété d'autrui.

321. La méconnaissance des droits réels sur les remises précaires peut se saisir par le détournement d'objets donnés en gage et le détournement d'objets saisis. Ils sont, au même titre que l'organisation frauduleuse de l'insolvabilité, attentatoires du droit réel ou de nature réelle garantissant le paiement des dettes détenues auprès de certains créanciers.

322. La norme pénale protège également l'ensemble des droits sociaux pouvant naître à l'occasion d'une opération commerciale. La protection accordée par la norme pénale intéresse aussi bien la personne morale saine que la personne morale connaissant des difficultés dans la gestion de son patrimoine. Des incriminations spécifiques permettent de se saisir d'un certain nombre de détournements faits au préjudice des sociétés de capitaux. Les comportements consistant à traiter le patrimoine social comme un patrimoine personnel en méconnaissant le principe de séparation des patrimoines ont pour conséquence une incrimination au titre d'abus de biens sociaux. La norme pénale pose ainsi la prohibition de la confusion des intérêts.

323. La commission de l'abus de biens sociaux consiste en un usage des biens, du crédit ou des pouvoirs de la société contraire à l'intérêt de celle-ci. Les textes incriminant l'abus de biens sociaux requièrent que l'acte contraire à l'intérêt de la société ait été commis de mauvaise foi et à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société dans laquelle les dirigeants sont intéressés directement ou indirectement. L'agent doit avoir eu conscience du caractère contraire à l'intérêt de la société de l'acte qui lui est reproché. La norme pénale encadre l'administration ou la gestion du patrimoine de la société. Celui-ci consiste à la fois dans l'ensemble des biens corporels ou incorporels mobiliers ou immobiliers appartenant à la société. Mais aussi, dans l'ensemble des pouvoirs reconnus au dirigeant en cette qualité.

324. La norme pénale envisage la protection du patrimoine de la personne morale connaissant des difficultés. L'incrimination de la banqueroute élargit le cercle des personnes pouvant être soumises à une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Les évolutions ayant marqué ce délit ont apporté un certain nombre de conditions préalables. Ces conditions tiennent à

la qualité des auteurs du délit et au moment de la commission du délit. Les modes de commission imposent que le délit doive avoir été commis en vue d'éviter ou de retarder l'ouverture de la procédure collective, ce avant la constatation de la cessation des paiements. La protection de l'entreprise en difficulté peut être complétée par des délits pouvant être commis à l'occasion de la procédure de sauvegarde.

325. L'un des principaux mérites du délit de banqueroute est de reconnaître la distinction impérieuse à faire entre le patrimoine social de la société et celui du dirigeant pendant la procédure collective et de poser la reconnaissance par la norme pénale de la nécessité de l'efficacité de la gestion de la personne morale. La banqueroute pose ainsi une protection du patrimoine social favorisant la redistribution des revenus auprès de toutes les parties prenantes.

326. La transparence participe également à la circulation des obligations monétaires. La fiabilité des informations à la base des échanges économiques fait l'objet d'une protection pénale. Cette protection porte tant sur la qualité des informations sur la base desquelles les obligations sont créées et circulent, que sur les contrôles garantissant la fiabilité de ces informations. Le monopole du contrôle légal des informations sociales est reconnu aux commissaires aux comptes et fait l'objet d'une protection pénale. Les sanctions de la norme pénale participent également à l'identification des patrimoines.

327. Le commissaire aux comptes est tenu par un devoir d'indépendance. Celui-ci est, d'une part, exigé par la déontologie et a, d'autre part, conduit le législateur à instaurer des incompatibilités légales interdisant aux commissaires aux comptes d'exercer le contrôle quand ils se trouvent dans certaines situations de dépendance. La loi entend interdire l'exercice cumulatif et concomitant des fonctions de contrôleur légal et des fonctions qui compromettent l'impartialité ou l'indépendance du contrôle.

328. La société recherchant du capital social par émission de titres, par son amputation de plus de la moitié ou par sa réduction est soumise à trois formalités pénalement sanctionnées. Ainsi, en cas de recherche de capital par émissions de valeurs mobilières offertes au public, le président, l'administrateur, le directeur général ou le gérant doit procéder aux formalités de publicité parmi lesquelles figurent des obligations d'insertion d'informations au bulletin d'annonces légales officiel. Au regard de leur activité, certaines sociétés sont tenues de publier leurs résultats financiers.

329. Le CAC contribue pleinement à faire en sorte que le respect de la transparence soit suivi par les personnes soumises à son contrôle, dans le cadre de leur activité. Les commissaires aux comptes sont astreints au secret professionnel pour les faits, actes ou renseignements dont ils ont

pu avoir connaissance en raison de leur fonction. Les commissaires aux comptes doivent exercer auprès des organes de direction, des comités d'entreprise ou des assemblées générales, auxquels ils doivent faire connaître les irrégularités et les inexactitudes qu'ils ont rencontrées au cours de leurs contrôles, en plus de devoir révéler les faits délictueux au procureur de la République et à TRACFIN.

330. La norme pénale n'hésite pas à sanctionner les altérations portées sur des informations auxquelles on doit pouvoir donner foi. Les altérations d'informations imputables aux dirigeants peuvent être constitutives du délit de présentation ou de publication de comptes infidèles et du délit de distribution de dividendes fictifs. La norme pénale incrimine le fait, pour les commissaires aux comptes, de donner ou confirmer des informations mensongères sur les documents que doit établir le prestataire des services d'investissement ou de ne pas révéler au procureur de la République les faits délictueux dont ils ont eu connaissance.

331. Le contrôle pénal de l'information contribue à garantir la transparence sur les marchés boursiers. Cette transparence vise à la fois à organiser le fonctionnement des marchés financiers, mais aussi à maintenir un certain ordre public boursier ou financier. Celui-ci repose lui-même sur l'égalité des actionnaires et l'exigence d'informations exactes et précises. La protection des investisseurs est plutôt établie dans le souci de maintenir une forme d'égalité entre les investisseurs, sans qui la bourse ne saurait exister, et les institutionnels qui ont le monopole des opérations financières sur les marchés boursiers. L'ordre public sur les marchés financiers implique donc l'égalité des actionnaires autant qu'une information précise et exacte. La protection de la circulation des obligations et des signes monétaires constitue l'essentiel de la notion d'*intégrité financière.* Mais, l'intérêt d'une telle notion doit pouvoir se saisir par ses qualités opératoires.

Conclusion première partie

332. L'identification de la valeur financière consiste dans les objets et les signes monétaires qui ont une nature circulatoire. Les objets et les signes monétaires sont constitués à la fois par la monnaie, scripturale et fiduciaire, et les obligations monétaires. La monnaie scripturale est constituée des dépôts en banque, qui peuvent être matérialisés sur des supports bancaires tels que les chèques, et la monnaie fiduciaire est constituée par les billets et les pièces. Ces différents objets et signes monétaires ont en commun de pouvoir circuler d'un patrimoine à un autre. La nature circulatoire de la monnaie est doublement explicative de son fonctionnement et de son essence. Dans son fonctionnement, il convient de noter que la monnaie n'est pas une création d'origine étatique. En effet, le monopole de création monétaire reconnu à l'Etat peut donner l'illusion que c'est ce dernier qui crée, par sa seule volonté, la monnaie utilisée dans les échanges économiques. La monnaie fiduciaire a été créée par le fait qu'elle résolvait le problème de la double concordance des besoins dans les échanges entre les personnes. La création de la monnaie fiduciaire a d'abord été le fait de particuliers qui en avaient les moyens et qui y trouvaient un intérêt, politique ou matériel. Mais, l'Etat s'est approprié le monopole du droit de « battre monnaie » et ce droit a fini par constituer une forme d'expression de la souveraineté étatique, créant l'illusion que la monnaie serait une création naturelle de l'Etat. Cette illusion est renforcée par la croyance populaire qui réduit la monnaie à la seule monnaie fiduciaire alors que la monnaie peut également revêtir une forme strictement scripturale. La monnaie scripturale est créée par les banques, qui sont des agents privés, à l'occasion des crédits qu'elles accordent aux autres agents économiques. La création de la monnaie scripturale échappe à l'Etat qui ne peut qu'en influencer la quantité. Ainsi, la création de la monnaie sous sa forme fiduciaire est due à l'Etat, tandis que sous sa forme scripturale elle est le fait d'agents privés, les banques.

333. Cependant, la monnaie, quelle que soit sa forme, est constituée par des unités qui construisent sa structure intrinsèque et permettent sa circulation. En fait, dans sa structure intrinsèque, la monnaie est constituée d'une unité de paiement et d'une unité de valeur. Cette dernière sert d'étalon de mesure dans les échanges, tandis que l'unité de paiement permet d'éteindre les dettes nées à l'occasion des relations sociales. La monnaie circule donc grâce à la combinaison de ces deux unités. Tout objet pourrait ainsi servir de monnaie dès lors qu'il serait identifié, une unité de paiement et une unité de valeur dans sa structure intrinsèque. Mais la structure ainsi décrite n'accomplit l'action de circulation de la monnaie qu'à la condition que la confiance préside à la fois dans les relations d'échanges et dans la monnaie elle-même. La confiance est l'autre élément sans lequel la circulation de la monnaie ne peut être possible, que

cette monnaie soit fiduciaire ou scripturale. Aussi, en plus de garantir l'expression de sa souveraineté, l'Etat s'est approprié le monopole de la création monétaire afin de préserver la confiance. Pour ce faire, seul l'Etat peut créer de la monnaie fiduciaire. L'Etat sanctionne d'ailleurs toutes les formes d'atteintes portées contre elle. En outre, la monnaie scripturale étant le fait des banques, l'Etat se charge de préserver les conditions de création de cette forme de monnaie en posant les principes présidant à sa circulation et en garantissant la confiance dans les transactions. Cependant, sur cette monnaie, l'Etat ne peut influencer que les seules quantités créées ou à créer.

334. Les relations sociales et les échanges sont pour une large part réalisés par un ensemble d'obligations. Au sein de celles-ci, on peut noter que certaines permettent le transfert de monnaie, soit en raison de la nature économique des relations sociales qu'elles réalisent, soit en raison de la nature économique de la contrepartie qu'elles entraînent. Ainsi, les obligations monétaires représentent une part importante de la masse monétaire. Par ailleurs, le mode commercial d'exécution des obligations étant le plus communément admis, il importe de déterminer la valeur des obligations. Celle-ci permet ensuite de déterminer la valeur monétaire des obligations. Dès lors que la valeur monétaire est déterminée, les obligations vont pouvoir être caractérisée en obligation de sommes d'argent. Dans les relations économiques, les obligations de sommes d'argent revêtent une nature patrimoniale et circulent sous cette forme. Les valeurs mobilières sont l'illustration de la nature patrimoniale de certaines obligations de sommes d'argent puisqu'elles vont entrer dans un patrimoine soit sous la forme de créances soit sous la forme de dettes, ce en fonction de l'imagination des agents économiques. L'intégrité financière désigne la protection de la circulation de la monnaie et des obligations monétaires. Cette protection s'appréhende à deux niveaux. D'abord la protection du patrimoine participant au circuit des objets ou des signes monétaires. Ensuite la protection de l'information participant à garantir la confiance dans les échanges économiques. En fait, la protection du patrimoine se traduit par une double protection des droits réels et des droits sociaux. La protection des droits réels consiste essentiellement en la protection des possessions et des remises reconnues à un patrimoine donné. Quant à la protection des droits sociaux, elle se réalise à l'occasion de l'exercice de certains droits sur le patrimoine d'une personne morale.

335. La transparence est un des principes posés en vue de garantir la confiance lors des échanges économiques réalisant la circulation de la monnaie. Aussi, une protection particulière intéresse le patrimoine susceptible d'être affecté par la circulation de la monnaie. Dans le même temps, la protection posée par la matière pénale permet de moduler la nature des informations participant à garantir la transparence lors de la réalisation d'opérations impliquant une circulation

de la monnaie. La protection de l'information intéresse en premier lieu le patrimoine des personnes morales dans la mesure où celui-ci est représentatif d'une part importante de la masse mesurée dans les agrégats monétaires. A ce titre, la protection de ce type de patrimoine consiste en une obligation de faire identifier le patrimoine de certaines personnes morales par un CAC. Par ailleurs, la protection des informations consiste également à moduler les informations. Pour ce faire, la norme pénale fixe le régime d'un certain nombre d'informations dont l'utilisation peut être interdite au CAC ou sur les marchés financiers. Ainsi, il existe à la fois des informations interdites au CAC et des informations dites privilégiées dont l'utilisation est sanctionnée par la norme pénale.

336. La protection de la circulation de la monnaie et des obligations monétaires participe à la définition de la notion d'intégrité financière. Celle-ci doit pouvoir être appréhendée comme un concept susceptible d'avoir une matérialisation dans les relations sociales. Même si les enseignements économiques ou les sciences de gestion ne posent pas explicitement la notion d'un tel concept, il est saisissable par le moyen de la norme pénale. Par ailleurs, les faits observés peuvent contribuer à montrer qu'à défaut d'être une notion saisie par les académies de sciences sociales, l'*intégrité financière* est une notion possédant des qualités opératoires. Ces qualités sont par exemple expérimentées au sein des institutions financières par les *Compliance officers* ou par le *Global Financial Integrity*[521] qui est un organisme, parmi tant d'autres, combattant les flux monétaires illicites. En France, on peut noter que cette notion d'intégrité financière est mise en œuvre par la cellule de renseignement financier Tracfin, créée en 1990 et qui a pour missions de lutter contre les circuits financiers clandestins, le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. En admettant que ces organismes aient appréhendé la notion d'intégrité financière, quelles sont alors ses qualités opératoires ? Peut-on réellement trouver une utilité sociale à la notion d'intégrité financière ? Comment cette notion participe-t-elle à la gestion du risque de blanchiment par exemple ?

[521] http://www.gfintegrity.org/content/view/14/135/

Deuxième partie. Les qualités opératoires de la notion d'intégrité financière

« Dans le commerce de la vie comme dans celui des affaires, il n'y a pas de principes, il n'y a que des circonstances[522] *»*

[522] Inspiré d'Honoré de Balzac, *le père Goriot*

Titre 1. Utilité sociale d'une notion d'intégrité financière

L'appréhension d'une notion d'intégrité financière peut se faire par la nature circulatoire et le régime de protection de ses objets. Envisager la protection de la circulation des objets et signes monétaires nécessitent la mobilisation d'un certain nombre d'outils conceptuels relevant de logiques diverses. Aussi est-il important d'arriver à trouver une cohérence, dans la nature circulatoire des objets de l'intégrité financière qui soit à même d'être assimilée de façon efficace dans la gestion des intérêts de la collectivité. A ce titre, il convient de montrer que la notion d'intégrité financière peut présenter une utilité sociale. Cette utilité peut être saisie en montrant les champs de réflexion dans lesquels la notion d'intégrité financière peut avoir une pertinence (chapitre 1). Ensuite, cette notion étant implicitement posée dans les normes positives incriminant les faits de délinquance financière, on pourra alors établir dans quelle mesure elle fait l'objet d'approximations dans le cadre de la LAB/FT (chapitre 2).

Chapitre 1. Pertinence d'une notion d'intégrité financière

La pertinence du concept d'intégrité financière peut être mesurée à l'intérêt qu'il peut représenter dans la recherche anti criminelle (section1), mais surtout il faut pouvoir établir que l'*intégrité financière* fait bien partie des préoccupations de la collectivité, quand bien même elle ne ferait pas l'objet d'une désignation explicite. Aussi importe-il de montrer que la société se préoccupe, de façon tacite, de la « valeur intégrité financière » (section 2).

Section 1. Intérêt dans la recherche anti criminelle

Les qualités opératoires de la notion d'intégrité financière s'observent à l'occasion de l'organisation de la lutte contre le crime. Cette organisation contre le crime concerne aussi le crime financier et connaît une construction préalable, en amont, dans la recherche qui y est consacrée. Cette recherche nécessite qu'en soi « le crime financier » soit défini, afin d'en identifier les objets et les mécanismes de fonctionnement. La pertinence de l'intégrité financière consiste dans un premier temps en la définition de la criminalité financière (I) et aide à la construction d'une culture anti criminelle (II) indispensable à l'efficacité des personnes dédiées au combat contre le crime financier.

I. Définition de la criminalité financière

La définition de la criminalité financière est souvent assimilée à la délinquance des cols blancs, et englobe des pans de la criminalité dépassant celle qui est strictement financière. De ce fait, plusieurs définitions de la criminalité financière sont posées. Mais, la plupart des définitions proposées se fondent sur des perspectives légalistes (1) qui se construisent autour des auteurs et des processus criminels. Cependant, cette définition légaliste peut être complétée par une perspective moraliste (2), qui elle peut se construire en se fondant sur les objets de l'intégrité financière.

1. Perspective légaliste

337. Le criminologue et sociologue américain Edwin Sutherland attira l'attention sur *la criminalité des cols blancs* et *le crime de col blanc* dans ses deux livres éponymes publiés, respectivement en 1940 et 1949. Dans son livre paru en 1949 il définissait le crime de col blanc comme « *un crime commis par une personne d'une haute respectabilité et d'un haut statut social, dans le cadre des fonctions qu'il occupe* ». L'élément de « respectabilité » est une caractéristique fondée sur le fait de ne pas avoir de dossier criminel pour des crimes communs. Le « haut statut social » tient à une profession ou un emploi qui fait l'objet d'une haute considération sociale. Le

crime est commis dans le cadre des activités professionnelles contre une entreprise ou pour « le bien » de l'entreprise. Ce type de crime est aussi appelé « crime corporatif ».

338. Les crimes en col blanc sont onéreux pour leurs auteurs, comparés aux crimes communs, même si comme eux ils peuvent impliquer la violence et la mort. Ils ont la particularité de miner la confiance, qui est indispensable pour les échanges économiques et le fonctionnement de la société en générale[523]. En outre, les crimes de col blanc sont peu visibles et complexes. La responsabilité des auteurs est aussi diffuse que celle des victimes, en plus d'être vaguement définie par la loi. Ce qui rend difficile les enquêtes les concernant et « légères » les sentences souvent prononcées en leur encontre[524].

On peut ainsi observer que le crime en col blanc est malgré tout défini en référence à un ensemble d'interdits pénalement sanctionnés. Ce qui signifie que le principe de légalité criminelle est prégnant dans la définition du crime financier tel que posée par Edwin Sutherland. Ainsi, le crime financier n'existe que si la société l'a préalablement identifié. Dans une telle perspective, l'organisation de la lutte contre la criminalité financière se fait en fonction d'une démarche légaliste qui privilégie la connaissance des infractions, plutôt que sous une approche analytique qui privilégierait le fonctionnement des objets du crime : l'argent et les obligations monétaires.

339. De façon générale, les crimes de col blanc ne sont inclus dans les statistiques officielles sur la criminalité que sous la forme d'atteintes aux biens tombant sous la qualification de vol. En outre, un examen de la définition que donne Sutherland des crimes en col blanc montre qu'il subsiste de nombreuses ambiguïtés. Ce qui empêche plusieurs auteurs d'inclure différents crimes de cols blancs dans une même catégorie.

Le crime en col blanc peut être aussi bien le résultat d'un accident nucléaire, tel que l'explosion de l'usine AZF à Toulouse, que celui d'une volonté délibérée de frauder comme ce fut le cas dans l'affaire Madoff en 2008. Aussi, quoiqu'efficace quand il s'agit de désigner la délinquance relative à une certaine classe de la société, le crime de col blanc de par ses ambiguïtés, ne nous paraît pas à même de catalyser la construction d'une culture homogène contre la délinquance financière. Autrement dit, il n'est pas opportun de penser que l'*intégrité financière* désignerait précisément l'anathème perçu dans le crime en col blanc.

[523] Maria Krambia-Kaparadis, *la notion de crime de col blanc, in* la criminalité financière : prévention, gouvernance et influences culturelles, éd. De boeck, Bruxelles 2011

[524] *Ibid.*

340. Voulant proposer une nouvelle manière de voir les crimes financiers, le professeur Michel Dion[525]s'est demandé s'il était possible de définir le terme « crime financier ». La question peut paraître un truisme si l'on croit qu'il s'agit simplement des crimes portant sur les activités relatives au domaine financier. Dès lors qu'il est question d'établir une typologie des différentes formes de crimes financiers, il apparaît qu'il existe, à foison, diverses définitions du crime financier[526]. La définition du crime financier est rendue diverse et complexe du fait, d'une part, que les types de crimes financiers se complexifient au fur et à mesure qu'apparaissent de nouvelles technologies, et d'autre part, du fait que des pures illégalités en vertu des lois civiles ou commerciales en viennent à être juridiquement traitées comme des crimes[527].

341. Il est alors posé deux variables interprétatives : le qualificatif de financier et la notion de crime. A ce propos, Yeager soutient que le qualificatif « financier » vise à la fois des coûts mesurables et non mesurables désignant précisément deux tendances. Une première au sein de laquelle les pressions financières (mauvaises performances financières) causent les violations de la loi commises par les entreprises qui les subissent. Et, une deuxième tendance dans laquelle la recherche d'une solidité financière crée des pressions soutenues qui amènent les entreprises à violer les lois, malgré leur situation financière effective.

Quant à la notion de « crime », Brodeur et Ouellet soutenaient que pour qualifier un comportement de « criminel », il importait de considérer le comportement criminalisé ainsi que les acteurs de la scène criminelle. Or, les crimes financiers sont souvent commis par le biais de ramifications internationales, de sorte que plusieurs juridictions sont touchées simultanément. Ainsi, un même comportement, dit criminel, pourrait être traité plus ou moins différemment suivant les systèmes juridiques. La notion de crime est quelques fois entendue comme une violation des lois civiles ou des lois commerciales, mais également par des lois administratives ou criminelles. Un crime transnational peut donc constituer, juridiquement, un crime dans un pays et une simple contravention dans un autre.

342. Michel Dion relève par ailleurs que les écueils à éviter dans la recherche d'une identification de la nature des crimes financiers sont l'uniformisation conceptuelle et le cloisonnement de l'analyse. Dans le premier écueil, on tend à créer une notion qui est si large qu'elle ne rend pas compte de la diversité des crimes financiers. Le deuxième écueil consiste en un cloisonnement de l'analyse. La définition du crime financier pouvant faire appelle à plusieurs

---

[525] Titulaire de la chaire de recherches en intégrité financière « CIBC » à la faculté d'administration de l'Université de Sherbrooke au Québec, Canada

[526] Prof. Michel Dion, *vers une classification des crimes financiers, in* la criminalité financière : prévention, gouvernance et influences culturelles, éd. De boeck, Bruxelles 2011

[527] *Ibid.*

disciplines, il n'est pas exclu que l'une d'elles réclame la préséance sur les autres, obstruant ainsi les autres canaux d'analyse. De nombreux auteurs ont proposé de substituer à la notion de crime financier celle de « crime économique ». Cependant, les effets de ces crimes sont multiples. Ils touchent les consommateurs, les entreprises, les gouvernements et les particuliers. Cette substitution n'a d'impact que de renforcer la confusion.

343. Dans l'étude des crimes dits financiers, il se dégage une caractéristique constante : l'analyse de l'auteur du crime. En fait, bien souvent l'étude des crimes financiers amène les chercheurs à décrire les facteurs et processus des actions criminelles. Se fondant sur les théories générales de la criminologie, la description de la criminalité financière ne déroge pas à l'étude systématique des auteurs de crimes. Il en découle ainsi des classifications se basant soit sur l'état psychologique de l'auteur du crime, soit sur son environnement social, le but étant que l'étude se rapporte d'une façon ou d'une autre au comportement du criminel. Ce dernier est lui-même conditionné par un certain nombre de considérations sociales et juridiques, qui elles-mêmes ne simplifient pas les réponses préventives. A ce titre, on peut noter que l'ONU a lancé le *Global Impact*. Ce programme des agences des Nations Unies mis en place depuis l'an 2000 a pour but de lutter contre la corruption.

344. Le programme pose six principes[528] visant à fixer le cadre d'une éthique des affaires. Ces six principes commencent à être intégrés dans les programmes de formation de certaines écoles de commerce. Dans ce cadre, l'école de commerce Audencia Nantes propose un cours intitulé « Déviance, fraude et corruption », dispensé par le professeur Bertrand Venard. Le but de ce cours est d'amorcer une entrée de la thématique de corruption dans les cursus de gestion, en posant une problématique plus large de « management responsable » se penchant sur divers sujets de société. « *L'idée, en créant cette boîte à outil, est d'augmenter la moralité des étudiants, qui seront de futurs responsables économiques*[529] ». Cependant, l'intégration progressive de l'enseignement de la corruption dans les écoles de commerce ne traduit pas une prise en compte des problématiques posées par la criminalité financière, et doit à ce titre être relativisée.

D'abord, le cours dispensé à Audencia Nantes par le professeur Bertrand Venard n'est qu'un aspect de la corruption internationale largement envisagée dans diverses facultés de Droit et plus particulièrement dans le cadre des formations relatives aux sciences criminelles. Or, la criminalité financière telle que nous l'avons posée, désigne l'ensemble des entraves à la circulation légitime de la monnaie et des obligations monétaires. Ces entraves ou atteintes ne pouvant être réduites au

[528] Principles for Responsible Management Education : ces principes proposent un ensemble de valeurs, de méthodes, de thèmes de recherche et de partenariat entre les écoles de commerce et les universités, et un certain nombre d'entreprises.

[529] Valérie Landrieu, « *cours anticorruption dans les business schools* », Les Echos, lundi 7 Octobre 2013, p.40

seul cadre de la corruption, les enseignements relatifs à cette dernière ne peuvent envisager qu'un aspect de la criminalité financière. Ainsi, les enseignements proposés sur la corruption internationale ne peuvent suffire à envisager les différents moyens propres à combattre le crime financier.

Ensuite, les principes posés par le *Global Impact* s'inscrivent plus dans une démarche de sensibilisation que dans celle de la lutte contre la criminalité financière. Certes, la sensibilisation à la corruption peut contribuer, dans une certaine mesure, à combattre le crime financier par la voie de l'éducation. Mais, les écoles de commerce et les universités ne découvrent pas les problématiques liées à la corruption dans le cadre du PRME[530] mis en œuvre par les agences des Nations Unies. Bien au contraire, les écoles de commerce et les universités ont assimilé les difficultés liées à la corruption et ont, depuis, imaginé les moyens de les intégrer aux stratégies de croissance et d'internationalisation des entreprises. Ainsi, les enseignements de management international ou les études économiques sur « les risques pays » ont pour finalité non pas de combattre la corruption, mais de l'envisager dans les équations de profitabilité à l'occasion de la conquête de nouveaux marchés, caractérisé par un environnement juridique instable ou une culture où les limites de proportions ont des amplitudes très différentes de celles de la plupart des économies développées.

Enfin, la sensibilisation à l'éthique des affaires non seulement ne suffit pas à combattre le crime financier, mais surtout elle fait partie des règles de gouvernance des entreprises. Le fait est que de nombreux secteurs économiques sont sous la tutelle d'autorités de régulation qui élaborent des chartes déontologiques. Ces chartes fixent le cadre déontologique d'une activité en se fondant sur des principes éthiques, mais ceux-ci ne sont pas aptes à combattre le crime financier, qui doit avant tout être envisagé dans la nature circulatoire de la monnaie et des obligations monétaires.

345. En dehors des caractéristiques psychosociales, la caractérisation des crimes financiers trouve son explication dans le mobile des crimes. En fait, de nombreux crimes sont dits financiers non pas parce que la monnaie ou les obligations monétaires seraient l'objet du crime, mais simplement parce que « l'argent » peut constituer le mobile du crime. Ainsi, la plupart des infractions sous-jacentes au blanchiment des capitaux sont souvent assimilées à des crimes financiers pour la seule raison que leur commission a suivi ou précédé l'accomplissement d'autres actes et génère des flux financiers. Cette appréhension participe à renforcer les confusions faites entre les crimes dont la nature financière dépend de la stricte circulation de l'argent et des obligations monétaires, et les crimes dont les motivations ou les causes trouvent leur explication dans des phénomènes économiques et sociaux. La conséquence d'une telle

[530] Principles for Responsible Management Education

approche est que l'application de la caractéristique financière à un crime dont la vraie nature est d'un autre genre participe à brouiller la valeur sociale réellement protégée par l'incrimination à laquelle il est abusivement imputé une caractéristique financière. Cette confusion des valeurs sociales entraîne que la légitimité de certains combats contre le crime trouve difficilement grâce auprès de l'opinion publique. Celle-ci ne voyant plus que l'apparence d'une « rationalité économique » plutôt que l'atteinte portée à une valeur sociale fondamentale. Ainsi, le travail des enfants, le trafic d'êtres humains ou le travail dissimulé sont de plus en plus assimilés à des crimes économiques en raison de la logique de minimisation des coûts qui motive ces infractions, masquant par la même occasion les valeurs sociales posées respectivement dans la protection de l'enfance et dans la protection de la dignité humaine ; créant ainsi une forme de « cannibalisation des valeurs ».

En définitive, circonscrire la définition de la criminalité financière aux strictes entraves à la circulation des objets et des signes monétaires permet d'une part, de mieux définir les champs et les compétences nécessaires à l'organisation de la lutte contre les crimes financiers ; et d'autre part, de dissiper les amalgames et les confusions qui subsistent entre les crimes financiers et ceux qui ont une cause ou une motivation socio-économique. La circulation de l'argent et des obligations monétaires est la substance de laquelle naissent les crimes financiers. Plutôt que de concentrer l'analyse sur les profils psychosociaux des auteurs des crimes financiers, c'est l'analyse des mécanismes de transfert de l'argent et de la circulation des obligations monétaires qui devrait orienter la recherche contre la criminalité financière. La difficulté de la détection de l'acte frauduleux réside dans le niveau de sophistication du crime et non dans l'appartenance sociale du criminel. C'est donc plus sur la technique que sur l'auteur du crime que la recherche et la prévention du crime financier devrait porter.

346. L'opinion publique et les encyclopédies posent le crime comme tout acte portant atteinte plus ou moins gravement aux valeurs du groupe auquel on appartient, aussi bien à l'égard des personnes que des biens et de l'autorité publique. La définition du crime fait elle-même l'objet de nombreuses propositions au sein de la communauté des criminologues. Comment concevoir alors qu'une atteinte à l'intégrité financière puisse être considérée comme un crime, s'il est entendu que l'opérationnalisation d'une telle notion participerait à la définition d'une nouvelle perspective de la lutte contre la criminalité financière ? Il convient d'admettre qu'au sein des sciences criminelles, seul le critère légal du crime prévaut. Le concept d'une intégrité financière paraît artificiel au même titre que celui de crime. Cependant, un élément s'impose : le crime atteste d'un conflit entre un ou plusieurs individus et ou groupe d'individus. Dès lors, comment considérer qu'au sein d'un groupe social donné une atteinte à une valeur déterminée soit criminalisée plutôt

qu'une autre ? Le code pénal distingue trois grandes catégories de crimes : les crimes contre les personnes, les crimes contre la propriété, les crimes contre la chose publique, qui deviendront plus tard infractions contre la paix publique et l'État et ensuite des atteintes à la sûreté publique. Depuis l'établissement du Code pénal de 1810, certains crimes ont été correctionnalisés, d'autres ont été dépénalisés et certains délits sont devenus des crimes. Or, le crime a une définition juridique précise qui le distingue des autres faits délictueux. Assimiler les atteintes à la circulation de la monnaie et des obligations monétaires au crime pourrait donc relever d'un amalgame puisque le Code pénal n'incrimine pas « d'atteinte à la circulation de la monnaie ou des obligations monétaires ». L'appréhension du risque de blanchiment par les seuls outils légaux permet d'inscrire les missions du *Compliance officer* dans un cadre respectant le principe de légalité criminelle. Toutefois, ce principe à l'inconvénient de soumettre les champs de compétence du *Compliance officer* a une double restriction. D'abord, le principe de légalité criminelle impose que le *Compliance officer* ne s'intéresse qu'aux seules infractions incriminées par le Code pénal. Ensuite, seules les infractions générant une circulation de monnaie transitant par des comptes bancaires peuvent être détectées par le *Compliance officer*. Bien entendu, il n'est point question d'inciter ce collaborateur à dénoncer toutes les infractions, même celles qui ne seraient pas dans son champ de compétence. Cependant, l'observation de l'accomplissement des missions du *Compliance officer* permet de noter que concrètement, et bien souvent, l'identification de la clientèle représente une part importante de l'activité. De plus, seuls les doutes nés à l'occasion de l'identification de la clientèle donnent lieu à une déclaration de soupçon. Ainsi, les opérations dont les parties prenantes sont parfaitement identifiées peuvent ne pas donner lieu à une déclaration de soupçon, quand bien même leur réalisation peut paraître suspecte, dès lors qu'elles ne trouvent pas d'incrimination dans le Code pénal. Finalement, la perspective légaliste réduit, dans un large mesure, l'activité du *Compliance officer* à l'identification de la clientèle ou à la seule déclaration des faits incriminés dans le Code pénal.

2. Perspective moraliste

347. Le renvoi à l'approche juridico-pénale de la définition du crime peut confiner à un atermoiement tautologique. Aussi paraît-il judicieux de se référer aux propositions de Mireille DELMAS MARTY qui pose des critères de pénalisation. Ainsi, suivant ses propositions, tout acte devient ou demeure une infraction suivant que la lecture qui en est faite découle d'une « grille de décision » structurée autour des principes de justice et d'utilité, assortis eux-mêmes d'indicateurs de proportionnalité, d'effectivité et d'efficacité. De la sorte, chaque fois qu'un comportement individuel ou collectif pose problème au groupe social, il convient de se demander quelle est la valeur en cause. On peut à ce titre répondre, avec la plus grande prudence possible :

l'intégrité financière. La prudence tient au fait que l'intégrité financière n'est protégée par la Constitution ou un texte international que sous des formes ne la présentant pas comme la circulation légitime de la monnaie et des obligations monétaires.

Ensuite, en plus des caractères de la faute à considérer, on peut se demander de quelle nature et de quelle ampleur est le dommage social causé ou susceptible d'être causé ? Il est aisé d'observer que les atteintes à l'intégrité financière dégradent la confiance dans les institutions de l'État, la confiance dans l'équité des échanges économiques et dans l'efficacité du système financier. Or, sous ces différents aspects, la confiance participe à la régulation et à la paix sociale de la collectivité toute entière. L'intégrité financière intéresse la circulation de l'argent et des obligations monétaires qui participent eux-mêmes à la régulation et à la paix sociale. L'atteinte à l'intégrité financière est donc d'une ampleur qui affecte l'ensemble de la collectivité.

Enfin, l'incrimination de l'atteinte à l'intégrité financière posée comme la circulation légitime de l'argent et des obligations monétaires peut-elle être utile ? La réponse à cette interrogation est d'emblée affirmative. L'incrimination d'une telle atteinte correspond à l'ensemble des incriminations relatives aux infractions économiques et financières, c'est d'ailleurs l'essentiel de la matière de la branche du Droit traitant des affaires. La notion d'intégrité financière ne fait que changer la perspective d'appréhension du crime financier qui consiste en des atteintes à la circulation de l'argent et des obligations monétaires.

348. Certes, la criminalité en col blanc ou criminalité d'affaires ou encore criminalité astucieuse, constitue une catégorie à part entière, mais les oscillations sémantiques propres à la désignation de ce type de crime montre qu'en fait les cols blancs peuvent avoir des positions sociales les assimilant à des délinquants de carrière. Ils sont identifiés comme tels par leurs crimes commis dans le domaine professionnel et le monde des affaires. Aussi, la définition a-t-elle été élargie aux crimes contre les biens commis sans violence mais réalisés par tromperie, ruse ou abus. Or, les crimes en col blanc désignent également des marchés obtenus dans le cadre d'accords entre différents pays ne reposant pas sur des lois identiques, dans lesquels les délinquants estiment pouvoir utiliser le flou existant pour gagner de l'argent. On peut en outre constater un rapprochement de la criminalité d'affaires et de la criminalité organisée car des faits de criminalité dite économique sont commis par des organisations criminelles qui veulent se diversifier. On peut aussi observer que le régime protectionniste de la circulation de la monnaie implique que les atteintes à cette dernière appartiennent à la fois aux crimes contre les biens et aux crimes contre la sûreté publique. À ce titre, la criminalisation des atteintes à la circulation de la monnaie et des obligations monétaires peut donc être justifiée.

349. Les auteurs qui ont choisi de consacrer une partie de leurs travaux à la criminalité financière ont, eux aussi, fait le choix de la perspective légaliste. Celle-ci va ainsi consister à étudier et classer les phénomènes de la criminalité financière en se basant sur la combinaison du comportement psycho-social de l'auteur du crime et du principe de légalité criminelle. Or, l'une des conséquences d'une telle perspective aura été le fractionnement et le cloisonnement de la criminalité financière en autant de champs qu'il y a de catégories de criminels. Ainsi, la collectivité compartimente les crimes financiers en autant d'acteurs sociaux. Aussi trouve-t-on les crimes économiques, les crimes d'entreprises, les crimes de col blanc, les crimes fiscaux, les crimes comptables, etc. Tous ces crimes n'ont en commun que le fait de leur auteur d'avoir potentiellement eu une activité criminelle ou économique.

350. Dans la perspective dite moraliste, il ne s'agit plus de s'intéresser à l'auteur du crime financier, mais à l'objet. Celui-ci consiste essentiellement en la circulation de la monnaie et des obligations monétaires. Plutôt que de s'intéresser à l'auteur du crime, il s'agira de privilégier les conditions de la circulation des objets et des obligations monétaires. C'est d'ailleurs en substance ce qui ressort de l'étude du blanchiment et des moyens de prévention s'y rapportant. Sous cette perspective, il importera d'identifier trois moments correspondant à la circulation de la monnaie et à la circulation des obligations monétaires.

351. Les atteintes portées à la circulation de la monnaie et des objets monétaires intéressent d'abord la légitimité de l'origine des objets monétaires. Il s'agira de savoir si la source identifiée est légitime à émettre de la monnaie ou à transférer des sommes d'argent. Ce premier moment consiste alors à s'assurer de toutes les garanties encadrant le droit de battre monnaie ou le droit d'exercer des prérogatives relatives au transfert de sommes d'argent d'un patrimoine à un autre. La légitimité de la source des objets monétaires était déjà posée dans le droit romain avec la possibilité, pour quiconque en avait les moyens ou l'intérêt, de s'approprier le droit de battre monnaie, avant que celui-ci ne fût tombé sous le monopole de l'État.

Ensuite, les atteintes à la circulation de la monnaie apparaissent au moment de l'affectation de la monnaie et des objets monétaires dans un patrimoine. Il s'agit de s'interroger sur la légitimité du patrimoine d'affectation des sommes d'argent à recevoir ou à conserver celles-ci. Bien qu'aucune infraction ne puisse précisément être reprochée au fait de recevoir ou de détenir une somme d'argent, il peut exister des indices amenant à considérer que la somme reçue ou détenue provient d'actes tenant d'une forfaiture[531]. C'est d'ailleurs en considération de ce

[531] Ph.Conte, « *Aspect pénal des obligations de vigilance tendant à prévenir le blanchiment* », *JCP* 2005, I, 126

moment que tiennent les incriminations de blanchiment, de financement du terrorisme ou du délit de non-justification de ressources[532].

Enfin, l'autre moment des atteintes à la circulation de la monnaie et des obligations monétaires consiste dans la légitimité des mécanismes, des montages ou des opérations réalisant le transfert des sommes d'argent. C'est à ce titre qu'interviennent les incriminations portant sur les informations probatoires et le patrimoine des personnes. Finalement, la lutte contre la criminalité financière interroge plus largement la légitimité spécifique de la circulation de la monnaie en s'intéressant à l'origine, à la destination et aux moyens de réalisation des transferts de sommes d'argent. Suivant ces trois catégories d'atteintes à la circulation monétaire, les sciences criminelles peuvent alors, sous la perspective moraliste, envisager la criminalité financière suivant trois phases.

352. Dans un premier temps, il s'agit d'apprécier la source ou l'origine de la monnaie ou de l'obligation dont elle émane. L'étude du crime consiste alors à s'interroger sur les conditions de la création monétaire ou de la naissance de l'obligation. Dans le cas de l'objet monétaire, l'élément essentiel au moment de la création réside dans la légitimité de la création. Les économies modernes, bien qu'ayant laissé le soin au secteur privé de créer la monnaie, ne laissent pas moins les prérogatives d'en fixer les conditions de création aux organes de l'État. Quant à l'objet consistant en une obligation monétaire, les conditions de l'enrichissement posent que celui-ci doit être causé, à l'intérieur du cadre juridique fixé par la loi et l'ensemble des conventions sociales.

Le deuxième moment de la perspective moraliste est celui des conditions du transfert. La monnaie, par essence, ne peut qu'être transmise. L'obligation monétaire peut être cédée ou transférée dans un autre patrimoine. L'étude du crime financier consiste alors à envisager les conditions du transfert de la monnaie ou des obligations. Il s'agit entre autres de s'interroger sur les conditions de consentement et de capacité lors du transfert d'un patrimoine vers un autre. Ces conditions doivent à nouveau être examinées lors du troisième moment caractérisé par la destination, c'est-à-dire la légitimité du patrimoine allocataire.

353. La perspective objective ou moraliste, en privilégiant la circulation de l'objet du crime financier, n'écarte pas pour autant l'étude des spécificités comportementales de l'auteur du crime. Son seul intérêt réside dans la facilité à décloisonner et à rendre uniforme la compartimentation dont souffre la lutte contre la criminalité financière. La perspective moraliste ne vient pas se substituer à la perspective légaliste, mais vient plutôt la simplifier en décloisonnant et en unifiant

[532] Article 321-6 alinéa 1 du Code pénal

l'appréhension des disciplines étudiant la criminalité financière. En plus d'être opératoire dans la prévention, cette perspective pourrait utilement servir dans le cadre de l'enseignement des matières liées à la criminalité financière puisqu'en complément de l'étude des comportements et des processus criminels, l'on envisagerait les régimes de la circulation de la monnaie et des obligations. L'étude de l'intégrité financière sous une perspective moraliste nous paraît déboucher plus aisément sur la naissance d'une culture propre aux métiers combattant le crime financier. Le fait est que sous la perspective légaliste, la recherche et la prévention contre le crime financier consiste exclusivement en un apprentissage du répertoire des interdits légaux et non pas en l'acquisition d'aptitudes à détecter les entraves à une circulation régulière de la monnaie et des obligations monétaires. On pourrait craindre que le *Compliance officer* prenne l'initiative de déclarer toutes les opérations qu'il trouve suspectes, même lorsqu'elles ne sont pas incriminées par le Code pénal. D'ailleurs, une telle démarche aurait l'inconvénient de créer une charge inutile et de retarder l'action de la cellule de renseignement financier (Tracfin). Mais, deux tempéraments peuvent être apportés à une telle inquiétude. D'abord, le *Compliance officer* a l'obligation de déclarer toutes les opérations qu'il trouve suspectes, celles qui suscitent un doute en lui. A ce titre, le *Compliance officer* n'est donc pas tenu par le principe de légalité criminelle, la qualification pénale des faits étant du ressort de la cellule de renseignement financier ou du Procureur de la République. Le principe de légalité criminelle intéresse peu le *Compliance officer*, ce d'autant que les déclarations qu'il effectue ne débouchent pas nécessairement sur une action judiciaire et les informations collectées dans le cadre de la LAB/FT sont détruites au bout de cinq ans. Ensuite, on pourrait craindre qu'en déclarant toutes les opérations suspectes l'on aboutisse à une inflation des déclarations qui disperserait ou éloignerait le *Compliance officer* de ses véritables missions consistant à lutter contre le blanchiment des capitaux. Sur ce dernier point, il convient de rappeler que le blanchiment est une infraction d'entrave à la justice. En d'autres termes, cette infraction permet de rattraper les infractions d'origine qui auraient échappé à la justice, ce en surveillant les opérations impliquant une circulation de sommes d'argent. Le blanchiment n'est donc pas en elle-même une infraction, elle permet simplement de pénaliser un certain nombre de techniques ou d'opérations consistant à faire circuler dans le circuit légal des sommes d'origine criminelle. Ce qui implique donc que le *Compliance officer* soit à même de détecter toutes les techniques financières susceptibles de réaliser une opération de blanchiment. L'inflation objet de craintes peut donc être jugulée par la pertinence des déclarations faites par le *Compliance officer*. Cette pertinence des déclarations tient elle-même des compétences techniques du *Compliance officer*. La perspective moraliste consistant à motiver la surveillance et la déclaration de soupçons sur le seul doute et non sur le principe de légalité criminelle devient

ainsi valable et efficace dès lors que le *Compliance officer* a préalablement suivi une formation pouvant justifier de ses compétences.

II. Construction d'une culture anti criminelle

La définition d'une notion d'intégrité financière peut aider à la construction d'une culture professionnelle anti criminelle. L'impact de cette culture dans la lutte anti criminelle varie selon que la culture est construite sur la base d'une perspective moraliste ou légaliste. Ainsi, l'organisation de la lutte contre le crime financier est caractérisée par l'hétérogénéité des perceptions dans la perspective légaliste (1) qui est dominante, alors qu'elle devrait être complétée par l'homogénéité de la culture anti criminelle qui prévaut dans la perspective moraliste (2).

1. Hétérogénéité culturelle dans la perspective légaliste

354. Dans la perspective légaliste, l'appréhension de la criminalité financière se fait par le prisme de plusieurs disciplines. Celles-ci sont significatives des voies par lesquelles se commettent les crimes financiers. Chaque discipline est elle-même constitutive de corps de métiers dont les réflexes et les aptitudes s'acquièrent tout au long de l'apprentissage de la discipline. Ainsi, les crimes relatifs à la fraude fiscale ou à la comptabilité des entreprises seront respectivement mieux traités par les professionnels ayant reçu des formations dans ces domaines. Or, la criminalité financière, telle que posée par la perspective légaliste, concerne de nombreux domaines où ont lieu des infractions dites financières ou économiques. Ce qui théoriquement revient à dire que ces infractions seront respectivement combattues par des professionnels dont le crime considéré sera la spécialité.

Mais, l'expérience a montré qu'un crime proprement comptable sous un angle peut être fiscal sous un autre. Combattre ce crime implique-t-il alors que des professionnels spécialistes des différents aspects du crime soient réunis ? L'évidence pourrait conduire à répondre par l'affirmative, d'ailleurs, le combat contre le crime financier a toujours été organisé ainsi. Cependant, ce constat ne signifie pas que ce mode d'organisation soit le plus efficace. L'inclination pour la maîtrise globale de chaîne du crime financier est de plus en plus forte. Les évolutions dans le cadre de la lutte anti blanchiment en sont l'illustration. Les autorités et même l'ensemble de la collectivité souhaitent désormais que les agents affectés à la lutte contre la criminalité financière aient une maîtrise complète de la chaîne du crime financier.

Par exemple, les obligations de lutte contre le blanchiment de capitaux imposent au *Compliance officer* d'être à même de détecter toutes les formes d'infractions relatives à la circulation de la

monnaie. A ce titre, le *Compliance officer* doit pouvoir déclarer les atteintes se rapportant à l'origine, aux conditions de circulation et à la légitimité de la destination des sommes d'argent. La multiplicité des infractions sous-jacentes traduisent d'ailleurs ces trois moments des atteintes à la circulation de la monnaie. Or, la perception actuelle de la criminalité financière, qui est essentiellement positive réduit la fonction de *Compliance officer* à la détection de la seule origine des sommes d'argent, alors même que l'essentiel des crimes financiers ont lieu dans les conditions de production des sommes d'argent et dans les montages financiers servant à leur transfert.

2. Homogénéité des perceptions dans la perspective moraliste

355. La circulation de la monnaie et des obligations est la principale substance de la perspective moraliste. L'intérêt d'une telle approche réside dans le décloisonnement des disciplines permettant de lutter contre les crimes financiers. Dans cette façon d'aborder la question de la criminalité financière, les agents s'intéressent à l'objet au même titre qu'à l'auteur du crime financier.

356. Les réflexes et la culture des disciplines relatives à l'étude des crimes financiers s'acquérant tout au long du processus d'apprentissage de ces disciplines, le décloisonnement de celles-ci et leur durée d'apprentissage peuvent être des facteurs favorisant l'homogénéisation des corps de métiers combattant le crime financier, mais aussi l'occasion de la naissance d'une culture homogène caractéristique de la lutte contre le crime financier. Le fait est que sous la perspective moraliste, les objets à étudier sont réduits et caractérisés par le fait de leur circulation. Il n'est plus question de s'approprier toutes les catégories sociales des agents susceptibles de commettre des crimes financiers, mais simplement de se saisir de la circulation de la monnaie et des obligations, et du régime juridique favorisant leur circulation. L'enseignement du droit privé, de la comptabilité, de la fiscalité ou de la matière financière, dans le cadre de la criminalité financière, ne se ferait plus en vue de connaître les régimes particuliers de certaines opérations, mais plutôt dans l'optique de maîtriser les mécanismes de transfert de la monnaie et des obligations. C'est donc à la condition d'un décloisonnement des disciplines que la perspective moraliste pourrait être utile à créer une culture et des réflexes propres à la lutte contre la criminalité financière.

Section 2. Détermination de la valeur « intégrité financière »

La notion d'intégrité financière est mise en œuvre par Tracfin dont la mission principale consiste en la détection des circuits financiers nés en dehors de ceux reconnus par la collectivité.

Cependant, le groupe de mots « *intégrité financière* » ne désigne pas une réalité circonscrite par la tradition juridique et la doctrine. Cette absence d'intérêt pour la réalité posée dans le vocable « intégrité financière » peut interroger sur l'existence d'une valeur relative à la protection de la nature circulatoire de la monnaie et des obligations monétaires. Qui plus est, il peut paraître légitime de s'interroger sur l'utilité et la compatibilité d'une notion d'intégrité financière avec les grands axes de recherche des sciences économiques. Aussi importe-t-il de montrer que le concept d'intégrité financière est bien une valeur sociale implicitement posée par la recherche économique et juridique, avant d'identifier les disciplines participant à la circonscription du vocable intégrité financière. Cette détermination de la valeur intégrité financière s'appréhende par la recherche de la notion (I) qui passe par la détermination du cadre d'analyse et la circonscription du vocable « intégrité financière » (II).

I. Recherche d'une notion d'intégrité financière

La recherche d'une notion d'intégrité financière consiste en la détermination du vocable et de la réalité « intégrité financière ». L'appréhension ex nihilo de l'intégrité financière (1) montre que les autorités de régulation et la recherche en sciences économiques et juridiques se préoccupent de la réalité, mais ne la désignent pas sous le vocable intégrité financière. Ce même constat peut être fait dans les arts décrivant les préoccupations de la collectivité à travers une approche empirique de la circonscription de l'intégrité financière (2).

1. Appréhension ex nihilo de l'*intégrité financière*

357. Une approche purement étymologique pourrait être utile afin d'appréhender la notion d'*intégrité financière.* Du latin *integer,* complet, probe[533] (*integritas)*, l'*intégrité* désigne l'état d'une chose qui est demeurée intacte[534], l'état d'une chose saine et sans altération[535]. Dans ce sens, on parle par exemple de l'*intégrité* physique de la personne pour désigner la protection du corps et des aptitudes de celui-ci contre les altérations ou les actions pouvant affecter certaines fonctions vitales ou aptitudes. Il existe également l'*intégrité* morale de la personne. Celle-ci est entendue comme l'essence de la personne. C'est-à-dire l'ensemble des valeurs par le prisme desquelles la personne est perçue et au nom desquelles elle bénéficie d'une reconnaissance sociale. L'*intégrité* morale désigne ainsi la protection de l'échelle des valeurs d'un individu ou d'un groupe. Il peut aussi être question de l'*intégrité* d'un patrimoine. Celui-ci peut être privé ou

[533] Jean Dubois, Henri Mitterand, Albert Dauzat, *grand dictionnaire Etymologique & Historique du français,* LAROUSE, Paris 2001
[534] Le Petit Robert, Nouvelle édition millésime 2011, Paris
[535] Le Nouveau Littré édition augmentée du petit Littré, octobre 2004, Varese

public. Dans le premier cas l'*intégrité* peut désigner la protection des biens privés et dans le second la protection de l'intérêt général ou du bien commun.

358. Le terme finance vient de l'ancien français *finer*, c'est-à-dire « mener à fin un paiement », payer. Le *paiement* désignait d'abord une « rançon », puis a fini par désigner l'argent ou simplement une ressource. Plus tard, la *finance* en est venue à désigner l'art, la science traitant de la monnaie ou de l'argent. C'est aussi la profession d'une personne qui manie, capitalise, qui investit de l'argent. Ce terme a pendant longtemps désigné l'ensemble des activités concernant les mouvements d'argent de l'État. Dans son acception la plus récente, la *finance* désigne l'ensemble des professions et activités ayant rapport à l'argent et à la manipulation des capitaux. Ainsi, « le monde de la finance » désigne dans le langage courant tous ceux qui créent ou transmettent des moyens de paiements, ou servent d'intermédiaires entre épargnants et investisseurs. La science financière désigne plus particulièrement la discipline traitant de la gestion des patrimoines privés ou des comptes de l'État, et des moyens appropriés pour obtenir les fonds nécessaires à l'activité des agents en empruntant de l'argent ou en émettant des tires.

359. La *finance* ne doit pas être confondue avec la « financiarisation ». Ce terme désignerait l'influence croissante des institutions financières et des marchés financiers dans le fonctionnement de l'économie[536]. Ce terme serait apparu dans les années 1990 pour désigner les changements dans les buts et les critères de gestion, voire dans la nature des entreprises, provoquées par la montée en puissance de la valorisation et de l'accumulation financières. La financiarisation désignerait ainsi l'ensemble des transformations que les grandes entreprises auraient connues à cause du changement des propriétaires du capital des entreprises. Les actions étant vendables à tout moment, les entreprises peuvent ainsi être cédées par blocs d'actions.

360. Du terme *finance* dérive le qualificatif « financier » pour désigner « celui qui paie, celui qui finance ». C'est aussi ce qui est relatif à la finance, aux ressources pécuniaires, à l'argent. Plus généralement, il s'agit de ce qui a trait aux capitaux, à leur gestion, aux activités et opérations qui s'y rapportent, spécialement aux mouvements et placements de fonds ; en ce sens financier englobe boursier[537]. L'acception plus générale du terme financier est aussi la plus récente et la plus en phase avec les développements de la presse. Toutefois, la définition de l'*intégrité financière* reste loin d'être acquise puisque seuls les différents sens des mots pris isolément ont pu être identifiés par l'approche étymologique, sans qu'une définition générique de l'*intégrité financière* ait pu être définitivement arrêtée.

---

[536] Antoine BEITONE, Antoine CARAZOLA, Christine DOLLO, Anne-Mary DRAI, Dictionnaire des sciences économiques, 2e édition, ARMAND COLIN , Paris 2007

[537] Gérard Cornu, association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, QUADRIGE/PUF, 2007

361. Il apparaît que dans la notion d'*intégrité financière,* il se dégage celle sous-jacente de protection. En effet, les différents emplois de la notion d'*intégrité* conduisent à constater que celle-ci n'est pas saisissable indépendamment de l'idée de protection. Appliquée à la finance, la notion d'*intégrité* peut alors désigner la « protection des activités et opérations relatives aux mouvements et placements de fonds ». Une telle définition paraît conforme à l'acception des professionnels et des spécialistes des questions économiques et financières dans la mesure où les marchés financiers et le secteur bancaire organisent précisément la circulation et les placements de fonds. Cependant, l'approche étymologique de l'*intégrité* révèle qu'elle protège « l'état initial » ou la « finalité » de la chose à laquelle elle s'applique. Entendue ainsi, l'*intégrité financière* consisterait alors en la « protection de la destination ou de la finalité des fonds et de leurs mouvements ». Mais, la prise en compte de la littérature économique et financière ne délivre pas de définition de l'*intégrité financière*, tout au plus est-il question de l'*intégrité du système financier.*

362. Au regard de la démarche étymologique, l'*intégrité du système financier* désignerait alors la « protection de la destination ou de la finalité des marchés financiers et du secteur bancaire » ; c'est d'ailleurs ce qui ressort de la littérature spécialisée relative aux questions de sécurité. Or, le système financier se saisit par sa fonction. Celle-ci consiste en l'allocation des ressources et des risques ainsi qu'en la maîtrise de ceux-ci. L'*intégrité du système financier* s'entend comme *la préservation de la finalité de l'allocation des ressources et de la distribution des risques*. Cependant, il n'est question dans cette définition que de l'*intégrité du système financier* et non de l'*intégrité financière,* qui elle ne fait l'objet d'aucun traitement. Mais, la perspective qu'offre la notion d'*intégrité* invite à interroger les sciences juridiques au même titre que l'éthique qui gouverne la conduite des affaires sur les marchés financiers ou dans les relations d'affaires, ce afin d'arriver à circonscrire la notion d'*intégrité financière.*

363. En février 1999 fut créé le Forum de Stabilité Financière internationale, à l'initiative des ministres des finances et des gouverneurs des banques centrales des pays du G7. Il est le résultat d'une réflexion menée à la suite des perturbations financières survenues en 1997 et 1998. Rassemblant les autorités monétaires et financières tels que les superviseurs et les régulateurs des grandes places financières, ainsi que diverses institutions ou organisations internationales, le FSF vise à coordonner les efforts de ses différents membres afin de promouvoir la stabilité financière internationale, d'améliorer le fonctionnement des marchés et de réduire les risques systémiques.

Le Forum a ainsi été amené à formuler des recommandations sur différents aspects essentiels au maintien de la stabilité financière[538]. Compte tenu des missions du Forum et de l'importance des institutions qui le constituent, il apparaît judicieux de rechercher la définition de *l'intégrité financière* ou d'abord celle de *la stabilité financière* dans les conclusions des différents travaux du Forum.

364. Dans certains rapports, le Forum dresse une description du système financier. Pour le Forum, l'importance croissante d'un système bancaire parallèle dans l'intermédiation financière appelle l'attention sur leur réglementation. Bien que sa définition varie, l'expression « système bancaire parallèle » désigne des entités financières *non bancaires* qui recourent à l'effet de levier ou pratiquent la transformation d'échéances et de liquidités. Ces entités opèrent à côté des établissements bancaires traditionnels sans relever de leur réglementation.

365. Les rapports du Forum soutiennent que des facteurs historiques et institutionnels, ainsi que le rythme rapide de l'innovation et de la spécialisation financière ont contribué à rendre attrayante la migration de certaines formes d'intermédiation hors du système bancaire traditionnel. Ce système parallèle renforce ainsi la résistance du système financier au sens large, en offrant des produits financiers à la carte et une grande diversité d'outils permettant de gérer les risques de crédit, de liquidité et d'échéances. Toutefois, la récente crise financière a montré qu'il peut aussi engendrer des risques et compromettre la stabilité financière, en l'absence de règles prudentielles.

L'une des conclusions du Forum arrive à la constatation qu'à mesure que le système parallèle se développe, la composante de l'intermédiation financière qui échappe en partie au contrôle des autorités s'étend. De même, l'absence de données suffisantes et de définitions statistiques concordantes rendent difficile l'évaluation de la taille et de la portée de ce type d'activité. Autrement dit, la stabilité financière est menacée par un système parallèle d'intermédiation échappant à la régulation officielle.

366. Les travaux du Forum observent également que la confiance dans le secteur bancaire est minée par l'opacité des modèles de notation interne des banques. Ce sont des modèles qui fournissent une mesure du degré de risque inhérent aux actifs, et aident les banques à déterminer leurs volants de fonds propres. Sur cette question, le Forum conclut que pour restaurer la confiance dans le secteur bancaire, il est aussi essentiel que les autorités encouragent vivement

[538]Liste internationale des codes et standards internationaux, liste des centres « *offshore*» selon la qualité de supervision, gestion des crises, risque financier systémique posé par les hedge funds...

les banques à accélérer l'assainissement de leur bilan. On peut observer qu'au-delà des seuls modèles de notation interne, proposés dans Bâle II, il est plus largement question de transparence. Ce qui amène à déduire que la transparence contribue pleinement à la confiance et que cette dernière est garante de la *stabilité financière.* Cependant, les rapports du Forum n'offrent pas de définition de la *stabilité.* A ce titre, la Banque centrale européenne (BCE) définit la *stabilité financière* comme une situation dans laquelle le système financier est capable de résister aux chocs et de résorber les déséquilibres financiers, étant entendu que le système financier désigne les intermédiaires financiers, les marchés et les infrastructures de marchés[539].

Malgré les tentatives de définition, force est de reconnaître qu'il n'existe pas à ce jour une définition communément acceptée de la *stabilité financière.* Pour Gill Hammond[540], la stabilité financière est un concept difficile à appréhender et sans définition. Elle est souvent définie en termes d'absence d'instabilité, et ce faisant elle fait référence à un fonctionnement harmonieux des composantes principales du système financier.

367. Le bon fonctionnement de toute économie suppose la mise en place d'infrastructures financières capables d'assurer une allocation optimale des ressources. D'un autre point de vue, la stabilité financière contribue largement à atteindre la stabilité de la valeur de la monnaie, du moment que le système assure la transmission de la politique monétaire à l'ensemble de l'économie. Les tentatives de définition de la stabilité financière sont souvent présentées à l'aune de deux approches. Dans la première, la stabilité est définie par opposition à l'instabilité financière. Dans la deuxième, la stabilité financière est définie par ses caractéristiques. Jean Claude Trichet considérait la stabilité financière comme une situation dans laquelle l'activité des différentes composantes du système financier, ainsi que leurs interrelations, s'effectuent de manière saine et sans à coups. Son prédécesseur à la Banque Centrale Européenne, William Duisenberg, la définissait comme un fonctionnement harmonieux des éléments qui soutiennent le système financier[541].

368. L'économiste Mishkin[542] considère que l'instabilité financière peut survenir dans le cas où le système financier ne parvient pas à canaliser les fonds vers les opportunités d'investissement,

---

[539] 48 Bulletin mensuel du 10e anniversaire de la BCE. Extraits.

[540] Gill HAMMOND, *Définitions et caractéristiques de la stabilité financière pour les Pays en Développement*, In Revue Economique et Monétaire N° 1, 2007

[541] Les Cahiers du CREAD n°87 /2009 73

[542] Mishkin (1996), Understanding financial crisis: A developing country perspective, NBER working paper, May.

alors que Andrew Crockett[543] présente l'instabilité financière comme une situation où la performance économique est altérée par la fluctuation des prix des actifs financiers ou encore par une incapacité des institutions financières à tenir leurs engagements. Plihon[544] associe l'instabilité à l'insécurité et la considère comme préalable au risque systémique. Ce dernier peut survenir lorsque les interactions entre les agents individuels et les marchés conduisent à une situation d'insécurité et d'instabilité générale; ce qui affecte l'ensemble du système financier et se propage à l'économie toute entière.

369. Sur un plan microéconomique, à l'instar de la monnaie, la stabilité du système bancaire a été considérée comme un bien public. Pour Pollin[545] et Artus, considérée individuellement, la banque est intrinsèquement instable. Chargée d'assurer la fonction de délégation de surveillance, elle met aussi à la disposition de ses clients, une organisation et des instruments de paiement de masse qui leur permettent de gérer leurs fonds avec commodité. Au passif, son activité la rend vulnérable aux chocs de liquidité. Elle ne peut pas prévoir quand est-ce que les déposants décident de réclamer leurs capitaux. Comparée aux entreprises, elle se distingue par le grand nombre de ses créanciers.

370. Conformément à la théorie, la banque subit une double asymétrie d'information, une au niveau des emplois (ex ante et ex post) et une au niveau des ressources dont une bonne partie est exigible dans l'immédiat. La contrepartie, selon Dewatripont et Tirole, est que ses créanciers déposants n'ont ni la compétence ni l'incitation de s'informer sur sa situation ou d'intervenir dans sa gestion. Mais, la banque fait elle-même partie d'un système plus global de financement. En ajustant les capacités aux besoins de financement, la finance joue un rôle central dans l'économie et s'appuie pour cela sur un ensemble d'institutions qui forment un système financier. La capacité de ce système à allouer de façon optimale les fonds là où les besoins sont identifiés définit la stabilité financière. Cette stabilité renseigne, dans une certaine mesure, sur le fait que la monnaie et les obligations circulent. Mais, la stabilité n'indique pas que la destination des fonds en circulation correspond à l'origine et à la destination posées par la notion d'intégrité financière. En raison de ces deux critères, la stabilité financière n'est pas l'intégrité financière.

[543] Andrew Crockett était directeur général de la Banque des Règlements internationaux de janvier 1994 à mars 2003. Il était également président du Forum de Stabilité financière de 1999 à 2003.

[544] Dominique Plihon, « Propositions pour une prévention renforcée des risques systémiques », en coll. avec Michel Castel, Rapport Moral sur l'Argent dans le Monde, 2008

[545] Jean Paul Pollin, « Réguler la liquidité bancaire », *Revue d'Economie Financière*, n° 94, juin 2009

2. Approche socio-économique de l'intégrité financière

371. La bourse fut un objet de fascination au dix-neuvième siècle. A la fois les milieux artistiques et journalistiques n'ont pas manqué de manifester leur appréhension des sphères dites financières. C'est d'ailleurs au travers de leurs appréhensions que peut être cernée la valeur désignée dans la notion *d'intégrité financière*. Ainsi, les romanciers, les dramaturges, les chroniqueurs ou les caricaturistes, ont presque amorcé ou fait allusion à cette notion en décrivant la bourse. D'abord, par son idiome et par ses mœurs. Ensuite, par la révolution qu'elle a introduite dans la notion de valeur et dans les possibilités d'enrichissement ou de ruine[546].

372. Dans un roman de Féval, *« Le Fils du diable »* paru en feuilleton en 1846 dans L'Époque, il est narré l'histoire d'un héritier aristocrate allemand, spolié dès sa naissance en 1824 par des bandits, que l'on retrouve à Paris vingt ans plus tard, sous le masque de spéculateurs évoluant dans le quartier du carreau du Temple. Le récit relate une vengeance qui s'achève par la défaite de ces parvenus et par la restauration du jeune noble. Il s'agit d'un des innombrables romans populaires du XIXe qui font de la Bourse le symbole de la dégradation des valeurs[547].

373. La critique Hélène Gomart, qui a analysé L'Argent de Zola, soutient qu'il existe de nombreuses différences dans la manière dont Balzac et Zola écrivent la finance : « *Quand Balzac discute le droit, Zola construit implicitement, sans la situer, une instance réglementaire diffuse, mais supérieure et légitime, et présuppose une transcendance du fait. L'explicite du discours du savoir financier est fait de contestation dans le texte balzacien, de constat dans le texte zolien.* ». Le roman zolien porterait la trace de l'enquête naturaliste, c'est-à-dire d'un savoir récemment acquis par Zola. Tandis que le roman balzacien serait au contraire du côté de l'autonomie ; l'allégresse, l'ironie et la liberté du discours sur les affaires financières. Sous un autre point de vue, on peut dire que Féval présente la finance, à travers les intrigues boursières, comme l'origine de la dégradation des valeurs. Balzac et Zola, sans véritablement porter de jugement, s'attellent à décrire la finance, en relatant les faits qui animent la bourse.

374. Le premier livre écrit par Jules Vallès, communard, journaliste et auteur de la trilogie *Jacques Vintras*, composée de *L'Enfant*, *Le Bachelier* et *L'Insurgé*, et écrit entre 1876 et 1885, fut un petit manuel boursier[548]. Le tout est précédé d'une préface en forme d'épître à l'homme d'affaires Jules Mirès, et est suivi d'une conclusion qui en appelle à la littérature pour exalter la modernité boursière. En réalité, le livre de Vallès est ironique. S'inspirant du *Manuel du*

---

[546] E. Zola, « l'argent » Edition GF Flammarion, Paris, 2009. p. 523

[547] *Ibid*.

[548] L'Argent, par un homme de lettres devenu homme de Bourse, 1857.

spéculateur à la Bourse de Proudhon, paru peu auparavant, Vallès refuse aussi bien la morale commune que la défiance conventionnelle de la littérature à l'égard de l'argent. On commence à entrevoir comment il aborde en 1857 ce qui intéresse Maupassant en 1882 : la rumeur trompeuse qui permet de gonfler artificiellement les cours.

375. Le krach de l'Union régionale qui éclate en janvier 1882 n'intéresse pas seulement la rubrique boursière des journaux. Dans l'article *« A qui la faute ? »,* paru dans *Le Gaulois* du 25 janvier 1882, Guy de Maupassant, reprend la critique classique de l'immatérialité de l'économie boursière et de la virtualité des marchés à terme. Dans un second article donné au même journal le 14 février 1882, il oppose le comportement des spéculateurs riches qui ne paient pas leurs pertes (en alléguant l'exception de jeu) au geste des petits qui se dépouillent pour honorer leur dette, et il médite sur le recul général de la probité. Ces articles de Maupassant éclairent le problème de réception et de compréhension que soulève une crise financière[549].

376. La Bourse est quelques fois perçue comme l'expression du règne de l'intérêt et le symbole de la civilisation matérielle. Pour le poète symboliste belge Émile Verhaeren[550], elle est pourtant digne d'être chantée comme l'un des lieux emblématiques de la modernité. Verhaeren fait de la Bourse l'une des expressions des temps nouveaux[551]. Le poème « *La Bourse* » déclame d'ailleurs le combat épique des boursiers, le rêve et l'amoralité des spéculateurs. Vallès et Maupassant s'intéressent aux manipulations qui ont lieu à la bourse afin de souligner le rôle des financiers dans la crise. Ils identifient les responsables de la crise financière et n'admettent plus que celle-ci puisse trouver ses origines dans les seuls mécanismes économiques.

377. Revenant au traitement des questions financières par les contemporains, il est apparu utile de s'intéresser dans un premier temps aux traitements faits par les milieux culturels et cinématographiques, afin de dégager une thématique principale relative à l'idée d'une *intégrité financière.*

Dans le docu-fiction *Wall street contre Cleveland,* l'auteur interroge sur les responsabilités de la crise des *subprimes*. La responsabilité des banques est mise en avant, mais elle est difficile à établir dans la mesure où les personnes directement touchées par les hypothèques ont « volontairement » accepté les prêts hypothécaires. De plus, les prêts contractés par les clients l'ont été consciemment, même si ceux-ci semblaient disproportionnés par rapport à la solvabilité

[549] E. Zola, « l'argent » Edition GF Flammarion, Paris, 2009. p. 530

[550]1855-1916

[551] E. Zola, « l'argent » Edition GF Flammarion, Paris, 2009.

desdits clients. Le mécanisme des dettes hypothécaires est ainsi décrypté, le démarchage des courtiers est mis en cause, mais aucune responsabilité n'est véritablement établie.

Le film *margin call* montre que le recrutement dans les milieux financiers se fait sur la base de la compétence sur les chiffres. La vocation n'est pas un critère de sélection, les profils retenus sont ceux ayant une réelle expertise sur les chiffres, d'où qu'ils viennent. Le professionnel des marchés financiers est dépeint comme une personne sans affect social. Il ignore ses collaborateurs, il est endurci et ne se soucie que des profits qu'il peut réaliser. Paradoxalement, la nécessité et l'importance du chiffre rend le manager financier incompétent. Les chiffres lui permettent certes de faire du profit, mais il ne les comprend pas. C'est cette incompréhension qui l'amène à privilégier des experts du chiffre dans les profils qu'il recrute. Finalement, ce sont des formats de compétence qui sont recrutés et non des collaborateurs. Et cela se voit tant au niveau des profils recrutés que ceux licenciés. Les managers embauchent du personnel compétent pour gérer des outils et des produits dont ils ignorent eux-mêmes le fonctionnement.

Le film *to big to fail* S'intéresse à la crise économique de 2008 vécue au sein des institutions financières américaines. Contrairement à *Margin Call*, ce film revient sur les enjeux macroéconomiques de la crise. Il ne s'agit plus de s'intéresser à la façon dont la crise est vécue au sein d'une banque, mais plutôt de la façon dont elle est gérée et vécue pour sauver l'ensemble de l'économie. L'un des points saillants du film est le propos autour de « l'aléa moral ». En effet, l'importance des banques au cœur de la crise est telle que leur faillite ne peut aller sans déstabiliser l'ensemble du système. Les autorités étatiques en ont conscience et vont envisager toutes les solutions possibles, même les plus compromettantes aux yeux de l'opinion publique, afin que l'ensemble de l'économie ne soit pas affectée. L'aléa moral est bien une réalité, tant auprès des banques qu'auprès des autorités étatiques. Cependant, cet aléa ne se vérifie que dès lors qu'il est question de « grosses banques ».

378. Le spot publicitaire d'une banque française tient le discours suivant à son public : *« L'argent, c'est lui qui décide de ce que vous mangez, de l'endroit où vous vivez, des blagues auxquelles vous riez, du temps que vous passez avec vos enfants, de votre virilité, de vos souvenirs. L'argent décide pour vous. Et pour votre argent, qui décide ? »*. En fait, l'essentiel des préoccupations dites financières portent en réalité sur l'argent et sa circulation. Aussi bien les milieux culturels que scientifiques portent une attention particulière sur la circulation de la monnaie, même si la préoccupation est exprimée autrement que par les termes de la « circulation de l'argent ou de la monnaie », suivant les domaines qui s'en préoccupent. Parler de l'*intégrité financière*, c'est en réalité traiter des questions liées à la circulation de la monnaie. Mais, le documentaire *Cleveland contre wall street* révèle également les principaux mécanismes sur

lesquels repose le fonctionnement de la société moderne : le traitement de l'information et la circulation des obligations monétaires.

379. Outre les réflexions livrées par les milieux culturels, notre démarche empirique nous a conduits à nous intéresser aux occurrences de l'association des mots *intégrité* et *financière* afin de voir dans quel contexte ce groupe de mot était utilisé depuis 1987 et quel en a été le sens. Le choix de l'année 1987, trouve sa justification dans divers événements. D'abord, 1987 est une année aux lendemains d'importantes réformes bancaires qu'a connues l'économie française à l'instar de nombreuses autres économies dites occidentales. Dès les années 1980, et plus particulièrement l'année 1984, on assiste à une déréglementation du secteur bancaire ayant pour finalité l'introduction de la finance directe.

380. Par ailleurs, les années 1990 marquent une étape supplémentaire dans l'intégration européenne, notamment avec la signature du traité de Maastricht qui interviendra en 1992 et l'introduction de l'Euro sept années plus tard. Entre 1993 et 1997, des crises économiques vont affecter les économies occidentales et asiatiques, du fait d'une bulle immobilière qui sera suivie au début des années 2000 de la bulle Internet. En 2001, d'aucuns trouveront un rôle majeur ou un impact sérieux du secteur financier lors des attentats du 11 septembre. Entre 2007 et 2009, il sera question d'une nouvelle crise financière associée à la crise des *subprimes* aux États-Unis. En outre, les bases de données historiques nous permettent d'appréhender les préoccupations, surtout les positions et les réactions, suscitées à l'occasion d'un phénomène ou d'une conjoncture donnée. Ces points de vue nous sont rapportés, fidèlement ou non, qu'ils émanent de personnes spécialistes des questions concernées ou simplement de profanes ou même d'apprenants.

381. Les ressources mises à dispositions par les médias spécialisés ou généralistes nous ont amenés à nous interroger sur le sens accordé à l'association des mots « *intégrité* » et « *financière* ». La motivation d'une telle démarche réside dans les questionnements que peuvent susciter une telle association de mots, mais surtout dans l'idée que le régime de la circulation de la monnaie et des obligations monétaires ne peut être convenablement désigné que dans ce vocable. Les interrogations sur le traitement de l'argent peuvent être regroupées au sein de ce vocable qui désigne aussi la réalité qu'est l'ensemble des préoccupations de la collectivité sur la circulation de l'argent et des obligations qui y sont inhérentes, que celles-ci se rapportent à l'échange de la propriété des biens ou à la possession de l'argent.

382. Qu'entend-on par « *intégrité financière* » ? Quelle est sa portée sémantique ? Existe-t-il seulement des domaines ou des disciplines dans lesquels l'utilisation d'un tel groupe de mots se justifie ? Cette démarche interrogatoire est d'autant plus justifiée que le groupe de mots

« *intégrité financière* » peut paraître d'une familiarité évidente. Le fait est que le substantif *intégrité* n'est étranger qu'à très peu voire à aucune discipline. Et même dans le cas où il y aurait des domaines qui prétendraient ne pas le connaître, ceux-ci se trouveraient confondus par le seul maniement de la langue. Quant à l'adjectif *financier* nul ne prétendrait n'avoir jamais songé à quelques préoccupations d'ordre financier. L'origine et le lien avec la gestion des finances sont établis de façon presqu'instantanée. Et pourtant, l'association de ces termes familiers s'impose à nous en même temps qu'elle nous paraît inédite. Que voudrait dire *intégrité financière* ? La portée sémantique de l'*intégrité financière* pourrait se trouver dans le vocabulaire des disciplines qui en feraient usage.

383. L'élection des disciplines juridiques s'impose intuitivement pour définir *l'intégrité financière.* Toutefois, une analyse des occurrences du groupe de mots *intégrité financière* dans la presse nous semble devoir mieux nous aiguiller vers le sens véritable de cette expression et les disciplines qui pourraient en faire usage. Cette analyse portera ainsi dans un premier temps sur les contextes et le sens de l'*intégrité financière* dans la presse généraliste puis dans les revues spécialisées. Compte tenu de la masse d'articles qui pourraient nous submerger et rendre impossible notre analyse, nous nous limiterons à l'analyse de la presse écrite. D'abord, le quotidien le Monde pour ce qui est du média généraliste. Ensuite, nous considérons quelques articles susceptibles d'utiliser les termes « *intégrité financière* » dans la Revue d'Économie Financière, pour ce qui est du média spécialisé. L'issue de cette explication de texte nous indique que les articles susceptibles de traiter de *l'intégrité financière* ou pouvant avoir un rapport avec cette notion montrent que très souvent celle-ci est assimilée à *l'intégrité des marchés* ou à celle du *système financier.*

384. Il devient alors intéressant de s'interroger sur le choix que fait le journal en optant d'utiliser les groupes de mots *intégrité du marché financier* ou *intégrité du système financier* plutôt que celui sans particule d'*intégrité financière.* La pertinence d'une telle interrogation réside dans la portée sémantique ou sémiologique des termes ou expressions *système financier ou marché financier.* Il s'agit donc de savoir si ces différents groupes de mots, quoique faisant partie du champ lexical économique ou des affaires, recouvrent toutefois la même réalité. En considérant l'ensemble des articles, en rapport ou susceptibles d'être en rapport avec la notion d'*intégrité financière,* publiés par un organe de presse généraliste, le journal Le Monde, depuis 1987, il apparaît que le groupe de mots ou la juxtaposition des mots *intégrité* et *financière* sont inexistants. Ainsi, dans un article paru dans l'édition du 25 juillet 1987 du journal Le Monde, l'auteur présente le premier rapport du groupe de déontologie des activités financières, mandaté par le président de la COB M. Yves Le Porz. Ce groupe avait pour mission d'examiner les

principes généraux de déontologie applicables aux activités financières et les règles de conduite à suivre par les professionnels dans leur fonction d'intermédiaires financiers, comme dans leurs opérations personnelles. Dans cet article, ERIC FOTTORINO présente la mission du groupe de déontologie comme marquant les premiers éléments, dans le cadre juridique français, de la notion d'initié déjà établie dans les économies anglo-saxonnes.

Pour cet auteur, « les ordinateurs » et « les initiés » sont la cause de la « *déréglementation qui gagne les grands marchés financiers* ». L'auteur argue pour illustrer que «*Les membres de la communauté financière savent pourtant, et certains le disent, que Paris est le théâtre d'opérations d'initiés d'envergure variable, mais délicates à prouver (...). Les maisons de courtage et les intermédiaires financiers londoniens ont accepté de faire leur propre police: un agent (Compliance officer) est chargé de surveiller les opérations des membres de la société, avec obligation pour eux de justifier, le cas échéant, leur comportement sur le marché* ». Cet article révèle également que la définition de « l'initié » n'est pas encore fixée et conclut, cependant, que « le rapport d'étape précise que les professionnels doivent s'interdire tout abus de situation privilégiée ou dominante et toute manipulation susceptible de nuire à *l'intégrité* du marché ».

Un premier apport de cet article réside dans l'importance de l'information et de son traitement, puisque les « initiés » et les « ordinateurs » sont à même de porter atteinte à *l'intégrité* du marché. Il ressort également que de la même façon qu'il y a des hésitations sur la définition de « l'initié », l'auteur n'apporte pas plus de précision sur le sens donné à celle de *l'intégrité,* ni même sur l'entendement de *l'intégrité du marché.*

385. Dans l'édition du 23 mars 1990, un article présente brièvement la charte déontologique élaborée conjointement par la COB et le SIB britannique, les organes de régulation des marchés financiers d'alors. Dans cette charte, les autorités de régulation posent que l'intermédiaire financier doit respecter *l'intégrité du marché*, assurer *« la primauté des intérêts de son client* », mettre au point un régime spécial pour les « *opérations personnelles des salariés* », contrôler leurs activités et faciliter la surveillance des autorités de marché. L'information des clients doit être globale et sa loyauté envers eux totale, notamment dans l'exécution des ordres de Bourse. Enfin, l'intermédiaire doit prévenir les conflits d'intérêts et les régler au mieux.

Ce travail conjoint des autorités de régulation fait écho au rapport du groupe de déontologie dans sa première version de 1987. Dans cette continuité, il est question de garantir *l'intégrité* du marché boursier en prévenant les conflits d'intérêt par le respect des principes devant gouverner l'action des intermédiaires financiers. Le choix est donc fait dans cet article de parler *d'intégrité*

du marché plutôt que de *l'intégrité financière. L'intégrité* du marché est, ici, relative au fonctionnement de la bourse, au travers de l'activité de l'intermédiaire financier.

386. Dans l'article de l'édition du 08 juin 1999, MARIE-ANNE FRISON-ROCHE s'interroge sur le pouvoir des autorités du marché financier d'alors. L'auteur fait remarquer, à la suite des décisions rendues par ces autorités sur l'affaire Allianz-AGF, que le pouvoir des autorités s'articule autour de deux aspects : déontologique et disciplinaire. Le pouvoir déontologique consisterait à veiller au respect de la morale de la profession et sanctionnerait des fautes, tandis que le pouvoir disciplinaire sanctionnerait des comportements nuisibles au marché. Le premier était confié au CMF et le second à la COB. La première autorité s'intéressait à l'éthique de la profession alors que la seconde défendait l'*intégrité* du marché. MARIE-ANNE FRISON-ROCHE conclut son article en montrant que la combinaison des pouvoirs disciplinaires et des exigences d'ordre déontologique participe d'un mouvement plus global dans lequel la répression des comportements financiers immoraux, même s'ils sont du ressort du droit pénal, perd son autonomie et s'envisage désormais comme une partie des mécanismes de régulation du système bancaire et boursier. MARIE-ANNE FRISON-ROCHE montre ainsi que la régulation des marchés bancaires et boursiers peut s'appuyer des outils autres que disciplinaires et déontologiques, même s'il reste à les identifier. L'*intégrité* des marchés passerait par le comportement des agents économiques.

387. Dans l'édition du Monde du 30 avril 2002, CECILE PRUDHOMME aborde les difficultés rencontrées par la SEC, le régulateur des marchés boursiers aux États-Unis. Dans un rapport diffusé le 5 mars, le GAO (l'équivalent de la Cour des comptes) rappelle que l'objectif premier de la SEC est de protéger *l'intégrité* des marchés financiers mais qu'elle se trouve dépassée par leur ampleur. En 2001, le gendarme des marchés avait la responsabilité de neuf Bourses, du marché de gré à gré, d'environ 70 systèmes de négociation alternatifs, de 12 chambres de compensation, de plus de 5 000 sociétés d'investissement, de près de 8 000 courtiers et de 7 400 conseillers en investissement. S'y ajoutaient 14 000 entreprises cotées qui lui transmettaient leur rapport annuel. Au regard du nombre d'acteurs à surveiller, Cécile Prudhomme explique que les moyens humains et matériels de la SEC ne suffisaient pas à assurer une régulation fiable, et ce d'autant que le scandale Enron avait révélé les conflits d'intérêts existants entre les entreprises et les cabinets d'audit censés épauler la SEC, toute proportion gardée, dans sa mission de régulation. Cette dernière a donc pour but de garantir *l'intégrité* des marchés financiers.

388. Dans cet article, l'auteur qualifie et indique la nature du marché dont *l'intégrité* doit être garantie. Il ne s'agit plus de *l'intégrité* du seul marché, ni même de l'*intégrité* du marché

boursier, mais de l'*intégrité des marchés financiers.* Cet article revêt ainsi un double intérêt. D'une part, il précise la nature des marchés sous la régulation de la SEC, les marchés *financiers*. D'autre part, il renseigne sur la diversité de ceux-ci et de leurs intervenants. Toutefois, il n'y a guère de précisions sur la possibilité de synonymie des expressions « marchés financiers » et « marchés boursiers » et pas plus sur celles *d'intégrité des marchés boursiers* et *intégrité des marchés financiers.* On observe tout de même une nouvelle évolution. Bien que n'étant toujours pas définie, la notion d'*intégrité* tend à s'associer à celle de *finance.* Une probable transition s'opère entre «*l'intégrité des marchés boursiers* » et « *l'intégrité des marchés financiers* », même si dans la dernière expression, la déclinaison du substantif *finance* en *financier* ne s'emploie pas encore sans particule. On parle donc de l'*intégrité du système financier*, plutôt que de l'*intégrité financière.*

389. Dans un article de l'édition du 28 mai 2002, il est question des obligations d'information en cas d'OPA et d'OPE. La COB pose une obligation générale, en rappelant que « *toute personne doit agir dans le respect de l'égalité de traitement et d'information des détenteurs de titres des sociétés concernées, de la transparence et de l'intégrité du marché, de la loyauté dans les transactions et la compétition* ». L'auteur de cet article prend soin de signaler que les exigences posées par la COB sont identiques à celle énoncées dans le règlement général du CMF, au titre des dispositions qui organisent les offres publiques visant à « *assurer le respect par l'ensemble des parties à une offre des principes d'égalité des actionnaires, de transparence et d'intégrité du marché et de loyauté dans les transactions et la compétition* ». L'auteur, met en exergue, d'une part la dualité des autorités de régulation et s'interroge sur la pertinence de cette redondance puisque ces autorités ont des positions identiques. D'autre part, il est important de souligner que même les autorités de régulation organisent leur réglementation autour de la notion *d'intégrité* du marché en posant les principes qui la garantissent, sans toutefois, préalablement, définir en quoi consiste cette *intégrité*.

Cependant, l'auteur rappelle que les dispositions réglementaires édictées par les autorités de régulation visent à « *civiliser les possibles affrontements et à rappeler que l'information ne peut être détournée de son but : l'efficacité du marché* ». Il apparaît ainsi que l'article ne fait pas qu'annoncer la fusion, qui suivra, de la COB et du CMF, mais indique également que l'objectif de la régulation, ou plus simplement, de la réglementation est d'assurer *l'efficacité* des marchés. On peut déjà observer que pour la première fois, les éditorialistes de ce journal généraliste substituent *l'efficacité* à *l'intégrité* en parlant des marchés. Dans cet article, il n'est plus simplement question de garantir un état à travers *l'intégrité*, il s'agit aussi d'atteindre un but : *l'efficacité*. Toutefois, malgré cette évolution, MARIE-ANNE FRISON-ROCHE ne gratifie pas

ses lecteurs du sens qu'elle accorde aux groupes de mots *intégrité* du marché et *efficacité* du marché.

390. Dans l'édition du Monde du 08 août 2002, BAHRAM SOLTANI présente une multitude de facteurs pouvant expliquer les scandales financiers. Entre autres facteurs, il retient « *la non-prise en compte des notions d'intégrité et d'indépendance* ». Par ailleurs, il voit dans la « domination » des instruments financiers et leur utilisation « systématique » dans l'économie de marché une autre des raisons expliquant les scandales financiers. Il explique ainsi que l'utilisation systématique des instruments financiers serait le corollaire d'une « conception particulière » du rôle des marchés financiers devenue « hégémonique » et « pas souvent conforme aux intérêts des différents agents économiques ». Aussi, BAHRAM SOLTANI préconise-t-il, parmi tant d'autres solutions et d'autres principes, « *la valorisation de la transparence et de l'intégrité au sein des marchés boursiers* ».

Au titre des enseignements de cet article, on peut noter la nouvelle utilisation du terme *intégrité*. Il ne s'agit plus de l'appliquer à un autre substantif ou groupe de mots. *L'intégrité* est considérée et entendue pour elle-même, c'est une notion, sinon une valeur à part entière. A ce titre, *l'intégrité* dont il est question ne réside plus uniquement dans le fonctionnement du marché, mais également dans le comportement des agents ou des intervenants. Les relations entre les agents économiques devraient ainsi reposer sur les principes *d'intégrité* et d'indépendance. Concernant les conflits d'intérêts entre les cabinets d'audit et les grandes entreprises, il soutient que ceux-ci ont pu alimenter des scandales tels que celui d'Enron, de WorldCom, ou d'Adelphia et expliquent dans une large mesure l'intérêt suscité par la notion d'indépendance. Quant à celle *d'intégrité*, il est indispensable de noter qu'elle est redéfinie, notamment en ceci qu'elle ne porte plus sur le seul fonctionnement des marchés, mais aussi sur le comportement des acteurs du marché et sur l'utilité de celui-ci. La question de l'utilité ressort d'ailleurs dans l'implicite interrogation de l'auteur qui soutient qu'il existe sur les marchés *« une conception particulière et hégémonique de leur rôle, donnant lieu à une utilisation systématique des instruments financiers ; bien que cette conception dominante ne soit pas toujours conforme aux intérêts des différents agents économiques »*.

391. L'édition du Monde du 11 août 2007 relate la démission d'Anne-Willem Kist. L'un des trois principaux dirigeants de l'Autorité des marchés financiers néerlandais (AFM). M. Kist, chargé notamment de surveiller *l'intégrité du secteur bancaire* et de lutter contre les activités financières illégales, avait dû se retirer après des révélations concernant la gestion d'un portefeuille de titres dont il était le détenteur. D'après l'article, les raisons de sa démission consistaient dans la possibilité de conflit d'intérêt né à la faveur de sa fonction et de la vente d'un

certain nombre de titres issus de son portefeuille personnel et restructuré quelques jours avant sans en avoir averti les autorités de surveillance. Au-delà des conflits d'intérêts qui sont par la suite présentés dans l'article, Jean-Pierre Stroobants fait une nouvelle association avec le terme *intégrité.* Cette fois, il s'agit de *l'intégrité du secteur bancaire.* La précision de l'objet sur lequel s'applique la notion *d'intégrité* est encore plus affinée. L'autorité de régulation des marchés assure, dans cet article, *l'intégrité du secteur bancaire.* Une telle précision pourrait paraître réductrice et semble ramener le fonctionnement des marchés financiers néerlandais à la seule activité des banques. Et pourtant, *l'intégrité du secteur bancaire,* dans cet article, ne s'entend pas des seules activités bancaires, mais bien de l'ensemble des marchés financiers. En faisant usage de l'expression *intégrité du secteur bancaire*, il s'agit de *l'intégrité du marché financier* néerlandais, même si la synonymie entre ces deux groupes de mots reste à démontrer.

392. L'article de l'édition du 19 septembre 2009 du journal le Monde soutient que les chefs d'État et de gouvernement réunis à Pittsburgh du 24 au 25 septembre avaient pour objectif d'instaurer des mécanismes de régulation pérennes « *du système financier plutôt que de laisser les marchés réimposer leur loi* ». Derrière cet objectif, l'auteur de l'article fait observer que *« c'est la totalité de l'encadrement institutionnel et réglementaire des activités de marché qui se trouve critiquée : de la politique des banques centrales à la réglementation prudentielle en passant par les normes comptables, les pratiques de rémunération, les agences de notation, les produits dérivés, les fonds spéculatifs, la titrisation ou encore les paradis fiscaux*». Pour l'auteur de cet article, les différents dirigeants du G20 ont voulu transposer tels quels les principes régissant la concurrence dans l'économie dite réelle sur l'économie dite financière sachant que les mécanismes présidant au fonctionnement de ces deux sphères ne sont pas les mêmes. L'illustration par la formation des prix mettrait à mal cette vision consistant à appliquer les solutions de l'économie réelle à la sphère financière.

393. Le sommet du G20 aurait pour finalité de rétablir *« l'intégrité des marchés financiers* » en réformant toutes les institutions qui les entourent. A contrario, l'auteur argue qu'il s'agit plutôt de comprendre que la concurrence financière ne produit pas ce qu'elle produit classiquement sur les marchés de marchandises ordinaires, à savoir une autorégulation réussie. Sur un marché standard, l'augmentation du prix produit automatiquement des contre-forces qui font obstacle à la dérive des prix. « *C'est la fameuse loi de l'offre et de la demande : quand le prix augmente, la demande baisse et l'offre augmente, toutes choses qui font pression à la baisse sur le prix et sont à la racine de l'autorégulation concurrentielle. Sur les marchés d'actifs, il en va tout autrement. L'augmentation du prix peut produire une augmentation de la demande ! Il en est ainsi parce que l'augmentation du prix d'un actif engendre un accroissement de son rendement sous forme de*

plus-value, ce qui le rend plus attractif auprès des investisseurs. Une fois enclenché, ce processus produit de forts désordres puisque, la hausse se nourrissant de la hausse, il s'ensuit une augmentation vertigineuse des prix, ce qu'on appelle une bulle ». L'auteur conclut sa démonstration en ajoutant que pour écarter durablement cette logique de crise, on ne peut pas s'en remettre au seul principe concurrentiel.

394. Il importe de retenir d'ores et déjà que *l'intégrité* est associée aux termes *marchés financier ;* et que cette association est partagée aussi bien par l'auteur de l'article que par les membres du G20. Il faut également noter que dans cet article, André Orléan fait un distinguo entre *l'intégrité des marchés financiers* et *l'intégrité du système financier*. Dans l'acception du G20, d'après cet auteur, puisque les *marchés financiers* seraient une partie du *système financier ;* si l'on devait s'en tenir à l'assertion suivante : « *instaurer des mécanismes de régulation pérenne du système financier ou laisser les marchés réimposer leur loi* ». Il apparaît que *le système financier* et *les marchés financiers* sont bien des entités distinctes.

Il est intéressant de noter qu'il n'y a pas dans cet article de confusion possible des sens accordés aux termes *intégrité des marchés financiers* et *intégrité du système financier*. Ce sont bien deux entités distinctes et une confusion de leur entendement ne peut procéder que d'un discours métonymique qui voudrait que la partie influençant le tout, les *marchés financiers* « imposent leur loi » au *système financier*. Cette logique devient pertinente dès lors que l'on réalise que le G20 souhaitait lors de ce sommet réformer l'ensemble du *système financier* en réformant les seuls *marchés financiers.* Cette logique est donc révélatrice de la perception hypertrophiée qui est faite des marchés financiers et de l'importance qu'ils ont, tendant même à intégrer l'ensemble du système financier en leur seul sein.

395. Jean Gatty et Louis Gautier, dans l'édition du monde du 19 septembre 2009 s'intéressent à la spéculation et aux rémunérations des *trader*s. L'apport de leur article consiste en la perception qu'ils ont de la spéculation et des moyens de la combattre. Il n'est point question d'évoquer explicitement les notions d'*intégrité* des marchés financiers, du système financier ou de l'*intégrité financière.* Il s'agit surtout de présenter la spéculation comme un mécanisme nuisible au fonctionnement des marchés financiers. La nuisance de la spéculation résiderait, pour ces auteurs, dans le fait que la spéculation ne présenterait aucun intérêt pour la collectivité. Cette position s'entend aisément lorsque les auteurs soutiennent que : « *Il y avait pourtant un moyen simple et efficace de brider la spéculation, et de régler le problème des bonus des traders (...). Qu'attend-on pour aller au bout de la logique, maintenant que chacun est convaincu que l'agitation boursière quotidienne, hebdomadaire ou mensuelle est inutile, voire nuisible pour la collectivité* ? ».

Ces auteurs proposent ainsi de neutraliser les effets de la spéculation en ayant recours à la fiscalité. En s'appuyant sur les propos de Warren Buffet, ils proposent que les plus-values à moins d'un an soient imposées à 100% : « *ce moyen a été proposé par le meilleur investisseur américain du XXe siècle, Warren Buffett : l'imposition à 100 % des plus-values à moins d'un an* ». Ces deux auteurs soutiennent par ailleurs que la neutralisation de la spéculation ne nuirait pas à l'activité des banques puisque l'émission de prêts et la gestion de l'encours de crédit seraient sans rapport avec les activités de *trading* et d'arbitrage qui, elles, sont caractéristiques de la spéculation : « *En revanche, le métier bancaire ne serait aucunement affecté par une telle taxation, l'émission de prêts et la gestion de l'encours de crédit étant sans rapport avec les activités de trading et d'arbitrage* ».

Un autre apport de cet article se révèle dans l'importance que les auteurs accordent au rôle des banques. Celles-ci semblent être au cœur de l'activité des marchés financiers, elles sont de fait, à la fois, les institutions par lesquelles devraient passer d'éventuelles réformes des marchés financiers et aussi les institutions visées par ces réformes. Cet article, par l'exemple de la spéculation, amène à penser que l'importance d'une activité ou d'un mécanisme admis sur les marchés financiers devrait se mesurer à l'intérêt qu'elle a pour la collectivité ; cette dernière étant entendue comme l'ensemble des marchés financiers, de l'économie et au-delà.

396. Laurent Checola dans son article paru le 18 juin 2010 sur le site Le Monde.fr présente les consultations lancées par les autorités de régulation à propos du *trading algorithmique.* Quelques unes des conclusions de ces consultations annoncent que cette innovation ne favoriserait pas un accès équitable aux marchés, du fait de l'importance des investissements nécessaires à l'acquisition de cette technologie. Ainsi, pour le cas de la France par exemple, l'AMF rapporte que la pratique du *trading* à haute fréquence menace «l'*'intégrité du marché dès lors que les stratégies de trading sont détournées de leur objectif initial pour être utilisées à des fins de manipulation de marché* ». L'AMF fait également valoir que les investissements nécessaires en technologie, infrastructure et savoir-faire pour entrer dans ces marchés lucratifs représentent une barrière à l'entrée, susceptible de créer des distorsions de concurrence.

Laurent Checola montre, comme en prolongement aux articles précédents, que *l'intégrité* du marché peut être atteinte par l'utilisation d'une nouvelle technologie. Dans cet article, on peut comprendre que *l'intégrité* du marché repose également dans les technologies admises dans son fonctionnement. L'accès équitable au marché et une compétition sans distorsion sont des éléments caractéristiques de l'*intégrité des marchés.* Par conséquent, les innovations introduites sur le marché doivent se faire en respect de ces deux éléments.

397. Dans l'édition du Monde du 07 septembre 2012 Marc Roche revient sur les suites de la manipulation du Libor par certaines banques. En effet, des *trader*s d'une vingtaine de grandes banques et de leurs filiales ont procédé à des manipulations irrégulières pour déterminer le Libor. Celui-ci détermine le taux auquel les banques se prêtent entre elles et sert d'étalon pour les produits financiers s'échangeant à terme. L'article fait également état de quelques réactions ayant suivi ces manipulations.

Ainsi, le commissaire européen chargé des services financiers voit dans ces manipulations une atteinte à l'intégrité des indices de référence : « *« Il est essentiel que des mesures soient prises pour assurer l'intégrité et le processus d'établissement des indices de référence »*. Pour Martin Wheatley, le directeur de la Financial Services Authority, ces manipulations ont pu entamer la confiance des acteurs dans les marchés financiers : « *il faut rétablir la confiance des investisseurs dans les marchés financiers »*. Suite à ce scandale, il est désormais envisagé de confier le calcul de cet indice aux autorités de régulations plutôt qu'aux banques. Le principal enseignement de cet article consiste dans le fait que les indices et leur processus d'élaboration sont des éléments sur lesquels reposent la confiance des acteurs et leur manipulation peut porter atteinte à *l'intégrité* des marchés financiers. L'attention des instances européennes, par la voix de M. Barnier est focalisée sur *l'intégrité* des marchés plus que sur *l'intégrité financière*.

Par ailleurs, on observe que les autorités de régulation n'élaborent pas forcément les indicateurs qui sont pourtant essentiels au fonctionnement des marchés financiers et que la responsabilité en est laissée aux acteurs eux-mêmes. L'idée voulant que l'innovation financière soit bénéfique pour la croissance économique repose sur la nécessité que de telles innovations améliorent l'allocation du capital. Selon les propos du président d'alors de la Federal Reserve (Fed) Ben Bernanke, *« la sophistication croissante et la profondeur des marchés financiers encouragent la croissance économique en allouant le capital là où il peut être le plus productif »*[552]. *L'innovation lorsqu'elle est optimale, a été et continuera d'être un moyen de rendre notre système plus efficace et plus global* ». Jean Claude Trichet a soutenu en 2003 que *« le développement rapide du processus d'innovation financière entraîne la création de nouveaux instruments et même de marchés complètement nouveaux, conduisant ainsi vers des marchés plus complets et fournissant de nouvelles solutions pour pallier les défauts des instruments et des marchés traditionnels »*. En conséquence, les innovations financières peuvent contribuer à améliorer l'allocation du capital. Plus simplement, un marché complet fournit aux individus une couverture optimale et, le cas échéant, un revenu dans la durée.

[552] (Bernanke 2007).

398. L'échantillon d'articles tirés du journal généraliste Le Monde, nous amène à formuler deux observations d'ordre chronologique et sémantique. D'abord, dans l'évolution de la rédaction des articles, il apparaît deux périodes caractérisées par la façon dont est utilisée l'association des mots *intégrité, marché boursier, marché financier et système financier*. Dans la période allant de 1987 à 2001, on peut observer que les éditorialistes du journal Le Monde utilisent les groupes de mots *marché boursier et marché financier* comme des synonymes. Ainsi, lorsque les éditorialistes évoquent la notion d'*intégrité*, ils l'associent indifféremment à l'adjectif « boursier » ou au groupe de mots « marché financier » en leur conférant la même portée sémantique. L'*intégrité des marchés bousiers* ou l'*intégrité des marchés financiers* désignent alors la même réalité.

399. De 2001 à 2012, on observe qu'il y a une plus nette différenciation dans la réalité des marchés, une utilisation plus précise et une substitution des termes. Ainsi, les groupes de mots « marché boursier », « marché financier » et « système financier » ne sont plus utilisés comme des synonymes. Le premier groupe de mots est de moins en moins utilisé par les éditorialistes du journal Le Monde. Ils utilisent plus souvent l'expression « marché financier ». Le groupe de mots « système financier » est utilisé plus tardivement que les deux premiers. Toutefois, les éditorialistes l'utilisent comme une réalité distincte de celle désignée par les deux premiers groupes. En outre, on peut observer qu'il y a une utilisation plus récurrente du groupe de mot « secteur bancaire ». Le détail chronologique de ces différents groupes de mots nous révèle que « marché boursier » tend à être substitué par « marché financier ». Tandis que le groupe de mot « secteur bancaire » est plus souvent utilisé et se distingue nettement de tous les autres. Quant à celui de « système financier », il est plus souvent employé dans un sens englobant et juxtaposant « marché financier » et « secteur bancaire ». Le « système financier » intègre ainsi le « secteur bancaire » et « les marchés boursiers » ou plutôt les « marchés financiers », puisque ces derniers tendent à se substituer aux « marchés boursiers ».

Incidemment, l'emploi du substantif *intégrité* s'applique alternativement à « système bancaire » et « marché financier », mais dès qu'il est employé avec « système financier » il désigne l'ensemble constitué par le secteur bancaire et les marchés financiers. Enfin, on peut utilement observer qu'aucun usage de l'association des mots *intégrité financière* n'est fait dans l'échantillon des articles que nous avons considérés. Bien au contraire, plutôt que d'*intégrité financière*, il a souvent été question de l'*intégrité du système financier*. Cette dernière observation signifierait-elle que *l'intégrité financière* serait une notion sans occurrence et, plus fondamentalement, sans fondement ? Il devient donc indispensable d'analyser ces apports sémantiques à l'aune des réalités décrites dans un média spécialiste des questions financières telle

que la Revue d'Économie Financière. Ce afin de corroborer, d'invalider ou de préciser les observations qui se sont dégagées des éditoriaux du journal Le Monde.

400. Dans une tribune « *qui surveille la finance mondiale ?* » accordée à Philippe Lagayette, alors sous-gouverneur de la Banque de France, il est question de la surveillance de la finance. Philippe Lagayette préfère parler de « finance mondiale » en considérant le fait que les économies et les systèmes financiers sont désormais interconnectés par les changements intervenus dans les politiques de change et par les progrès enregistrés dans le secteur informatique, qui ont accéléré les échanges et accru la masse des opérations traitées. L'auteur de la tribune prend soin d'indiquer que cette finance mondiale est dans une large part constituée par le système financier. Au sein de celui-ci, il distingue le système bancaire et les marchés financiers. La surveillance du système bancaire serait assurée par les banques centrales et celle des marchés financiers par les autorités de marché.

L'auteur fait remarquer que l'accroissement des échanges internationaux, la rapidité de ceux-ci et les changements de la politique de change ont modifié la surveillance effectuée par les banques centrales. Celles-ci n'auraient plus de véritable influence que sur la politique monétaire. Concrètement, la protection contre les risques de change et la part croissante de la titrisation a entraîné une certaine opacité dans le bilan des banques et modifié la politique monétaire des banques centrales. D'un côté les agrégats monétaires sont à redéfinir ou à réajuster. De l'autre côté, la politique monétaire des banques centrales s'est réduite à la détermination des taux à court terme par une politique monétaire crédible.

Désormais, d'autres intervenants telles que les banques de crédit ont une activité sur les marchés financiers, décloisonnant ainsi le secteur bancaire et les marchés financiers. Le système financier devient ainsi l'ensemble constitué par les marchés financiers et le secteur bancaire. La surveillance de ce système va ainsi reposer sur une coordination de l'action des banques centrales et de celle des autorités des marchés financiers. L'auteur indique par ailleurs quelles sont les fonctions des marchés financiers à travers leur organisation. Il s'agit d'organiser la concurrence entre les entreprises intervenant sur les marchés, de protéger l'épargne des investisseurs et de définir les règles gouvernant les caractéristiques des produits et des mécanismes admis sur les marchés financiers.

401. Les fonctions du système financier sont également suggérées par l'état qui devrait être caractéristique de ce système : la stabilité. Cependant, cette dernière, largement évoquée par de nombreux auteurs, ne fait pas l'objet d'une définition claire et définitive. Dans l'article dont le titre est « *Marché financier de capitaux : dé – ou – re- réglementation* », l'auteur, Didier Bruneel, le directeur des études économiques d'alors à la banque de France, fait une tentative de définition

de la « stabilité du système financier ». D'après lui, la stabilité du système financier serait une combinaison de l'efficience des marchés, c'est-à-dire l'information des opérateurs, et de la liquidité des transactions. Cette stabilité devrait ainsi être l'objectif des différents dispositifs de régulation.

402. Dans leur article « *Innovations financières et régulation des marchés* », Didier Davidoff et Michèle Colin prennent l'exemple de l'utilisation des *warrants* sur les marchés financiers comme un des emprunts faits aux marchés des biens. Ces auteurs décrivent comment cette innovation a été introduite sur les marchés à terme et montrent les difficultés et les enjeux qui sont posés en terme de régulation. Ils soutiennent notamment que cette innovation pose des problèmes d'opacité et de concentration des émetteurs tout en influençant les marchés des sous-jacents. En outre, les réponses apportées par les régulateurs aux problèmes ainsi posés sont différentes d'une place boursière à une autre. Les auteurs indiquent par ailleurs que cette innovation a lieu sur les marchés de gré à gré et n'est pas sans incidence sur les marchés organisés.

403. La régulation, dans cet article, n'intéresse que les marchés boursiers. L'innovation, malgré les difficultés qu'elle crée, ne paraît pas menacer l'intégrité des marchés tant que ceux-ci restent indépendants. Les auteurs mettent en avant l'une des externalités négatives de l'innovation sur les marchés. Et bien que les auteurs n'hésitent pas à faire usage du terme « marché boursier », celui-ci est très vite remplacé, dans la suite de l'article, par celui de « marché financier ». En outre, les auteurs montrent, en filigrane, les influences mutuelles des marchés financiers et des marchés des biens. Et à travers la régulation des innovations, les auteurs évoquent implicitement les principes qui devraient présider aux échanges sur les marchés financiers. Ce sont ces principes qui garantissent l'*intégrité des marchés* financiers.

404. Le professeur Michel Vasseur dans son article « *sécurité financière et droit* », traite de la façon dont le droit assure la sécurité financière. Il évoque également les rapports entre le droit et les activités financières. Il indique ainsi que le droit n'assure pas intégralement la sécurité des opérations financières. L'insécurité des transactions financières tiendrait paradoxalement à une prolifération de la législation relative aux transactions financières et à l'intérieur de laquelle il n'est pas aisé de se retrouver. Par ailleurs, dans la continuité du paradoxe, le professeur observe une dérégulation des activités financières dont il apparaît qu'elle ne peut constituer une finalité. En outre, l'insécurité sur les activités financières tient également à la sophistication des produits et des marchés, dont la compréhension échappe à bon nombre d'acteurs. La dématérialisation de certains produits et l'apparition des marchés dérivés seraient d'ailleurs caractéristiques de cette

sophistication. Enfin, l'accroissement du contentieux relatif aux transactions financières serait symptomatique de l'insécurité qui prévaut dans les activités financières.

405. Christian Chavagneux montre, dans l'article *« Réglementation prudentielle : le forfait de la BRI ? »*, que la supervision des marchés financiers a été déléguée aux intermédiaires financiers, aboutissant ainsi à une situation d'auto contrôle. Par ailleurs, l'auteur montre les faiblesses du principe d'auto contrôle en revenant sur l'histoire de la définition du ratio de solvabilité et sur celle de la mesure des risques. Il montre ainsi que les intermédiaires financiers établissent eux-mêmes leurs outils de mesure du risque. Par ailleurs, l'établissement de ces outils n'est possible qu'aux agents ayant une grande capacité d'innovation et ces outils présentent de nombreuses faiblesses qui ne sont pas propres à garantir la sécurité du système financier international. Il montre également que par ce mécanisme de délégation du contrôle, le comité de Bâle a contribué à la diffusion de modèles et d'outils de supervision largement perfectibles. Cet article vient en soutien du paradigme selon lequel les agents rationnels et individualistes ne peuvent pas assurer une allocation optimale des ressources. Mais surtout, l'auteur souligne que l'organisation du système financier devrait s'organiser au niveau international.

406. Pierre Henri Cassou soutient que « *le premier objectif auquel répond le droit financier est la bonne organisation des activités financières (...) les instruments et les opérations sont déterminés par le droit financier et plus globalement les activités financières. Il assure la protection de la clientèle, et plus globalement garantit les intérêts des acteurs les moins biens armés pour assumer les risques inhérents aux activités financières. Le droit financier veille également à la stabilité du système bancaire et financier* ». Dans cet article dont le titre est « *le droit financier, un droit adapté à la vie financière* », l'auteur nous présente la définition et les objets du droit financier.

En retraçant un aperçu de la naissance de ce droit, il nous montre que le droit financier est en évolution permanente et que celle-ci est d'autant plus soutenue qu'il y a d'innovations. Le droit financier est, certes un droit jeune, mais il prend naissance avec l'apparition des activités financières. Celles-ci remonteraient ainsi à l'émission des premières monnaies, en passant par les lois sur l'usure à la création des places boursières. C'est un droit transnational avec des modes d'élaboration spécifiques.

Outre la définition du droit financier, cet article parle de *« stabilité financière »* plutôt que d'*intégrité*. La stabilité dont il est question est celle des secteurs bancaires et financiers. L'auteur établit ainsi un distinguo entre le « système bancaire » et le « système financier ». Au-delà de la définition et du rôle du droit financier que l'article présente, il suscite également des questions d'ordre terminologique. Bien que de nombreux autres articles aient déjà établi la distinction entre

secteur bancaire et marché financier, celui-ci invite à s'interroger à la fois sur le sens accordé à la « stabilité financière » et sur la façon dont il conçoit le « système financier ». Faut-il voir une synonymie entre « stabilité financière » et « intégrité du système financier » ?

407. Dans l'article « *Systèmes de finances : la longue marche d'un concept* », Jean-Marie Thiveaud retrace la naissance du concept de « système financier » à travers la conception de la « banque centrale ». L'auteur présente les textes qui ont, initialement, traité du système financier. On peut observer qu'il y a eu une évolution partant des *finances* des seigneurs et autres organisations féodales à un système plus ouvert dont l'aboutissement est le système financier actuel qu'il convient d'appréhender.

Dans cet article, le système financier repose d'abord essentiellement sur la fortune personnelle des seigneurs de guerre et celle du Roi. A ce titre, le système de finance consiste en la fiscalité destinée à enrichir la royauté et à financer les guerres; marquant ainsi les débuts de la finance publique. Toutefois, la fortune des puissances vassales et du roi ne suffit plus à financer la guerre. Il apparaît de plus en plus que la puissance du royaume doive reposer sur le dynamisme de son économie et sur la vigueur et la puissance de ses finances. Pour ce faire, il importe que le crédit se généralise aussi bien au commerce qu'à toutes les activités créatrices de valeur. Le crédit ne doit plus seulement financer la guerre et les fortunes royales et féodales, il doit aussi venir au secours des acteurs privés; on commence à concevoir une certaine finance privée.

Pour organiser la finance privée et l'articuler avec la finance publique, certains auteurs imaginent un système dans lequel un organisme gérerait le crédit accordé à l'État et aux acteurs privé: il est donc imaginé un système de banque centrale. *Le système financier* consiste alors en la distribution des crédits dans l'économie réelle par les banques centrales. Leur rôle et l'organisation des banques est défini aussi bien par des philosophes que par des économistes.

408. Michel Dietsch et Philippe Wahl[553] font un exposé consistant à démontrer les liens entre les marchés financiers et l'économie réelle à travers la croissance. Pour ces auteurs, *« le rôle du système financier est d'allouer le capital en transférant l'épargne vers le besoin de financement (…), [il] doit gérer le temps et le risque*.». La gestion du temps et du risque se fait par la transformation des caractéristiques des fonds. Celle-ci nécessite que soient développées des techniques de traitement de l'information afin d'évaluer les risques et de liquéfier les actifs financiers. Le traitement de l'information et la liquéfaction des actifs sont ainsi les deux types de

[553] Michel DIETSCH Philippe WAHL, REF N°106 JUIN 2012 *SYSTEME FINNCIER ET CREATION DE VALEUR*, p.9-20

services que les agents économiques attendent du système financier. Par ailleurs, ces auteurs ajoutent que les innovations, qui ont pour premier objectif la facilitation de la « transférabilité » des fonds, ont paradoxalement rendu complexe le système financier. Cette complexité tient en partie à une insuffisance du droit, à un flou des codes de gouvernance, aux particularités des normes comptables et à la faible force de contrainte des règles prudentielles. Toutes ces insuffisances peuvent avoir des conséquences néfastes sur les bilans des institutions financières et perturber la stabilité des activités créant de la valeur. Dans cette optique, la fonction des institutions financières est, d'une part de transférer l'épargne et d'autre part d'allouer le risque.

409. Dans le cadre de ces fonctions, les banques fournissent des financements à des emprunteurs qui dépendent des banques pour leur financement ainsi que des liquidités. Ce qui implique la transformation qualitative des actifs dans les bilans et hors bilan : une transformation commerciale des crédits en dépôts dont les principaux bénéficiaires sont les clients qui n'ont pas d'alternatives pour leur financement et une transformation financière qui a recours aux marchés de gros des créances à court et moyen terme et apporte des solutions au problème de *mismatch* actif/passif des bilans tout en rendant possible la transformation commerciale. Pour ce faire, les banques doivent produire deux types de services : des services d'information – à travers leurs activités d'évaluation et de contrôle des risques – et des services de liquidité – au travers de la mise en œuvre de techniques de fractionnement des réserves. Les banques font donc plus qu'offrir des services de courtage et de couverture des risques.

410. La richesse de l'article de Michel DIETSCH et Philippe WAHL réside dans la définition de notions essentielles et dans l'explication de leur finalité. D'abord, ils présentent le rôle du système financier comme étant celui d'allouer le capital en transférant l'épargne vers le besoin de financement et de gérer le temps et le risque. Ensuite, ils estiment que les innovations ont pour premier objectif la facilitation de la transférabilité des fonds. Les banques transforment les dépôts des clients en crédits et fournissent des informations indispensables au fonctionnement du système financier. Ce dernier a pour fonction de traiter l'information et liquéfier les actifs. Quant à la stabilité financière, elle consiste en une minimisation des coûts de faillite et au maintien du financement de l'économie. Enfin, le rôle de la réglementation prudentielle est de protéger le système financier contre lui-même et d'isoler partiellement les mécanismes non maîtrisés des marchés. La réglementation prudentielle a pour but ultime de maintenir la stabilité financière et l'efficience économique.

411. Dans la perspective de montrer les liens entre le système financier et l'économie réelle, Fabrice Riva fait une démonstration dont l'intérêt se révèle essentielle à la définition du système

financier. Ainsi, il soutient que les marchés financiers sont des « *instruments de financement, d'évaluation, de partage des risques et de promotion de la liquidité des actifs qui y sont côtés*. ». Cependant, « *les transactions que réalisent les investisseurs considérés sont supposées gouvernées par le seul objectif de partage des risques. Or, il existe une seconde motivation essentielle à l'échange sur les marchés : l'exploitation d'informations privées* ». C'est cette seconde motivation qui explique les asymétries d'information. Partant, la réglementation doit favoriser une meilleure révélation de l'information et une protection accrue des actionnaires minoritaires.

412. Le système financier facilite les échanges de biens et de services en réduisant les coûts de transaction et d'accès à l'information associés à ces échanges. Son rôle se compare à celui de la monnaie, qu'il approfondit, notamment en facilitant les paiements et en élargissant la dimension intemporelle par l'accès au crédit. Le lien avec la croissance passe par l'interaction entre le développement des échanges et la spécialisation, l'efficacité productive et l'innovation. Cette interaction se produit autant au niveau national qu'au niveau international. Le bilan en termes de croissance dépend cependant de la façon dont cette interaction engendre un processus efficace d'allocation des ressources. Cette démonstration arrive à la conclusion que le rôle du système financier est de permettre de constituer un stock de ressources financières à partir de la contribution non coordonnée d'un grand nombre d'épargnants, ce qui est susceptible de générer des coûts de transactions importants. Il assure aussi une fonction essentielle de garant de la confiance, nécessaire pour que chaque épargnant soit prêt à confier son épargne ; rôle qui relève du traitement de l'information. Ce rôle est assuré aussi bien par les marchés que par les intermédiaires financiers. Ceux-ci proposent, dans un contexte institutionnel encadré par des autorités de régulation, divers véhicules, qu'il s'agisse de placement en actions, en obligations, de différents types de produits ou de fonds communs de placement. Les intermédiaires financiers attirent l'épargne par la réputation qu'ils acquièrent dans leur capacité à faire fructifier cette épargne, dans un contexte également régulé et assorti de diverses garanties des dépôts, ce qui est susceptible de rassurer l'épargnant.

Pour ces auteurs, ce rôle dans l'accumulation du capital prend tout son sens avec la troisième fonction qui porte sur l'acquisition d'une information suffisante et de qualité, concernant la profitabilité des projets d'investissement ou la capacité des agents à s'endetter. En l'absence de cette information, l'accumulation de capital peut s'avérer inefficace et nuire à la croissance à long terme. Le problème de l'asymétrie d'information est que seul le débiteur potentiel connaît *a priori* sa capacité à rembourser un emprunt. Cette information est essentielle pour que le système financier soit capable d'orienter l'épargne vers les utilisations les plus rentables.

La crise de 2007-2009 a cependant confirmé que la façon dont les systèmes financiers véhiculent et traitent l'information peut être source de dysfonctionnement majeurs. En outre, les systèmes financiers facilitent la gestion et la diversification du risque en permettant aux épargnants de détenir des portefeuilles d'actifs diversifiés. Cela permet à des agents ayant une aversion pour le risque d'être prêts à investir dans des projets plus risqués, dont la rentabilité est plus forte. Au-delà de cet effet de diversification, les systèmes financiers permettent aussi la gestion du risque en fonction de la liquidité, c'est-à-dire de la possibilité de convertir des instruments en pouvoir d'achat prévisible dans des délais brefs. Lorsque les instruments sont liquides, les investisseurs peuvent être prêts à détenir ces instruments (actions, obligations, dépôts bancaires) alors même qu'ils servent à financer des investissements risqués à long terme.

413. Les auteurs ajoutent que la diversification et la gestion du risque sont des facteurs importants quant à l'intensité des innovations. Pour illustrer ce propos, ils s'appuient sur les travaux de Sir John Hicks qui indique que les produits fabriqués pendant les premières décennies de la révolution industrielle n'étaient pas nouveaux et avaient été inventés longtemps auparavant. La source du déclenchement de la révolution industrielle en Angleterre au XVIIIe siècle et la raison de son avance sur le continent européen sont plutôt à chercher dans la liquidité des marchés de capitaux qui a permis le financement de l'innovation, c'est-à-dire de la transformation de l'invention en activité industrielle. Enfin, le système financier exerce également une fonction de contrôle de gouvernance des entreprises. Le rôle de cette dernière dans la croissance repose sur l'argument suivant : si les investisseurs, actionnaires ou créanciers, peuvent inciter les dirigeants d'entreprises à maximiser la valeur de l'entreprise, cela améliorera l'efficacité de l'allocation des ressources et la disposition des épargnants à financer les entreprises et l'innovation. Cependant, cette fonction bute sur le traitement de l'information très asymétrique : le dirigeant d'entreprise a un accès direct à l'information et peut en contrôler la diffusion (le risque existe aussi que cette information soit manipulée), tandis que cet accès implique un investissement (à la fois financier et en termes d'expertise) de la part des apporteurs de capitaux.

414. Ce phénomène d'asymétrie d'information est un obstacle sérieux à la conclusion des opérations de financements parce qu'il engendre deux types de difficultés. La première réside dans un problème de « sélection adverse » qui rend difficile la fixation d'un prix d'équilibre entre l'offre et la demande de financement. En considérant que l'apporteur de capitaux ne peut connaître la qualité ou le risque des projets pour lesquels il est sollicité, il demandera une rémunération qui sera fonction de la qualité ou du risque moyen des projets tel qu'il les apprécie. Ce qui revient à dire que les projets les moins risqués devront supporter une tarification élevée tandis que les projets les plus risqués seront, au contraire, sous-tarifés. Dans ces conditions, les

porteurs de bons risques (évincés par les mauvais, d'où cette notion de « sélection adverse ») renonceront à leur demande de financement. Ce qui va réduire la qualité moyenne des projets, justifier une hausse de la rémunération requise, éliminer à nouveau une partie des demandes de financement, et ainsi de suite. A terme, le marché des capitaux (crédits ou fonds propres) se rétrécira et éventuellement disparaîtra. On montre, dans ces circonstances, que l'offre de capitaux sera rationnée, c'est-à-dire que l'ajustement se fera par le volume de financement, faute de retrouver un prix ou en l'occurrence une rémunération d'équilibre[554].

415. La deuxième difficulté réside dans un problème d' « aléa de moralité » qui hypothèque le respect des clauses du contrat financier. Il est difficile d'écrire précisément les droits et les obligations des coéchangistes dans tous les cas de figure possibles. De ce fait, le demandeur de capitaux peut utiliser sa situation d'information privilégiée pour agir contre les intérêts du créditeur. Il peut en particulier choisir un projet plus risqué que prévu, le mettre en œuvre selon les modalités différentes, cacher la réalité des résultats obtenus de sorte que la position asymétrique des cocontractants peut rendre impossible, ou du moins difficile, la réalisation de l'opération. Les auteurs poursuivent leur démonstration en soutenant que l'une des fonctions essentielles de tout système financier consiste à apporter des solutions à ces problèmes. Cela passe par un cadre juridique qui préserve au mieux les apporteurs de capitaux, par des règles qui garantissent la qualité et la bonne diffusion de l'information utile aux investisseurs et par une organisation des marchés de capitaux qui assurent des échanges équitables (excluant les manipulations de cours ou les délits d'initiés). Cela suppose l'existence d'institutions financières capables de produire de l'information et de contrôler directement les projets, les décisions et les déclarations des débiteurs.

416. Théoriquement, le secteur bancaire est traditionnellement perçu comme celui produisant l'information financière utile aux agents économiques. Par voie de conséquence, il est facilement admis que le financement des agents et la régulation des flux financiers doivent être du ressort des banques. Une telle position ne peut être tenue que dans le cas où il s'agirait d'une économie n'ayant que le seul secteur bancaire pour assurer l'allocation des ressources et le partage des risques. Or, de nombreux auteurs, cités précédemment, nous ont amenés à distinguer le secteur bancaire des marchés financiers. Dès lors, la production de l'information financière et la régulation des flux financiers se perçoivent autrement, notamment dans les économies où secteur bancaire et marchés financiers coexistent.

---

[554] Joseph E. Stiglitz and Andrew Weiss, *Credit Rationing in Markets with Imperfect Information* The American Economic Review Vol. 71, No. 3 (Jun., 1981), pp. 393-410.

417. Il devient dès lors, nécessaire de comprendre comment le secteur bancaire se révèle insuffisant à remplir parfaitement les missions d'allocation et de fourniture d'information et de capitaux, et partant, d'accepter de l'opportunité d'avoir des marchés financiers dans une économie donnée. Sur cette double interrogation, Pierre Jacquet et Jean Paul Pollin posent que les institutions financières ont, théoriquement, de meilleures aptitudes à résoudre les problèmes d'information qui existent entre prêteurs et emprunteurs, du fait qu'elles ont la capacité de réaliser un profit tout en sachant et en contrôlant les demandeurs de capitaux. « *Elles gardent la propriété de l'information acquise dans le cadre de la relation bilatérale qu'elles nouent avec leurs emprunteurs. Alors que sur les marchés, l'information collectée se diffuse dans les prix (et d'autant plus vite que les marchés sont efficients), de sorte qu'elle devient publique. Ce qui limite les gains d'arbitrage et donc la profitabilité de la recherche d'information. On est ainsi confronté à un problème classique de « passager clandestin » : chacun refusera d'investir dans la connaissance des emprunteurs en attendant que le marché révèle les informations obtenues par d'autres. Il en résultera un déficit d'information et de contrôle* ».

418. Le distinguo fait entre l'intermédiation bancaire et les marchés financiers montre que ces secteurs ne fonctionnement pas en vase clos. Bien au contraire, en plus d'être complémentaires, ils ont tendance à s'assimiler. La taille de certaines institutions du secteur bancaire devient telle que leur poids sur les marchés financiers représente une part significative de ceux-ci. Le résultat d'une évolution de cette nature est qu'il finit par exister une confusion de l'intermédiation bancaire et du rôle des marchés financiers. Au même titre que les banques, les marchés financiers peuvent fournir une information pertinente et réguler les comportements des agents économiques. Mais, la connivence entre les deux secteurs a pris des proportions telles qu'à la place d'une complémentarité de la finance directe et de l'intermédiation bancaire, il apparaît un ensemble tendant à l'homogénéité, concentrant les risques et amplifiant les dysfonctionnements dans l'allocation des ressources et dans la régulation.

419. L'apport de Pierre Jacquet et de Jean Paul Pollin dans notre questionnement s'avère pertinent quant au positionnement devant seoir à la double possibilité d'une intermédiation bancaire ou de l'accès aux marchés financiers. Ces auteurs, nous amènent d'abord à adhérer à l'idée « *qu'il n'y a pas à choisir entre l'un ou l'autre système, mais plutôt à déterminer un partage entre intermédiation et marchés* ». Le clivage entre systèmes *bank-oriented* ou *market-oriented* n'est plus pertinent, notamment concernant les économies développées. Les institutions financières sont essentielles au fonctionnement des marchés puisqu'elles participent à l'émission et à la distribution des titres ainsi qu'à l'animation des transactions, même si l'on a pu voir que leur taille trop importante sur les marchés financiers pouvait engendrer des dysfonctionnements.

Toutefois, il convient de relever que le contexte juridique peut affecter l'efficacité des différents systèmes de financement. Ainsi, les marchés ne peuvent correctement remplir leur fonction que si les investisseurs disposent de garanties sur la transparence et la bonne gouvernance des entreprises. Ce qui implique que les systèmes *bank-oriented* sont mieux adaptés lorsque le cadre juridique est moins robuste, notamment dans les économies en voie de développement, car les institutions, abstraction faites des considérations des problèmes de corruption et de démocratie, ont la capacité d'imposer des contraintes informelles qui permettent de compenser des protections légales insuffisantes.

420. Dans le même ordre d'idée, le niveau de développement financier (la sophistication des produits et le niveau de qualification des agents) est un autre paramètre aidant à l'efficacité relative des différents types de systèmes. « *On comprend aisément qu'un système d'intermédiation est mieux adapté à une économie dans laquelle les besoins financiers de financement et de placement s'accommodent de produits relativement simples. Tandis que sur les marchés peuvent se concevoir et se traiter des produits plus complexes et qui demandent un savoir-faire bien plus marqué* ». En ce sens, une étude de Tadesse montre que les systèmes dominés par les banques sont plus efficaces, c'est-à-dire plus favorables à la croissance, dans les pays dont le système financier est peu développé. Alors que les systèmes *market-oriented* sont au contraire plus efficaces dans les pays financièrement développés. Ce qui revient à dire que le choix du système financier dépend dans une large mesure du niveau de développement du secteur financier. On peut ainsi observer que la disparition des frontières entre l'intermédiation bancaire et les marchés financiers entraîne l'impression que l'essentiel de l'activité sur les marchés financiers serait le fait des banques. La taille de celles-ci peut même amener à une confusion assimilant le secteur bancaire à celui des marchés financiers.

421. Concernant les facteurs déterminants du développement financier, Michel DIETSCH et Philippe WAHL suggèrent qu'il existe une incidence significative de la taille et de la composition des systèmes financiers sur le rythme et la régularité de la croissance. Ils en viennent à se demander quels sont alors les facteurs qui conditionnent le développement financier et quelles sont, en conséquence, les dispositions ou les politiques capables de façonner une architecture financière favorable à la croissance économique. Ils définissent ainsi l'efficience d'un système financier comme étant la façon dont il participe à l'optimisation des comportements, au regard des objectifs que se fixe une société donnée. Pour ces auteurs, un système financier repose avant tout sur un ensemble de contrats. Il faut donc considérer que la qualité du cadre juridique est nécessaire à la réalisation des opérations financières. C'est un facteur essentiel pour que les apporteurs de capitaux soient en mesure de faire respecter leurs droits. Dès lors, les conditions

d'exécution des contrats et la réglementation des intermédiaires financiers déterminent le développement du secteur financier.

422. La protection des apporteurs de capitaux ne dépend pas de la seule efficacité des systèmes juridiques. Elle résulte également d'un partage des droits de propriété entre les différentes parties. Autrement dit, la forme du système financier doit être analysée et jugée en fonction du modèle économique et social dans lequel il s'intègre. Michel DIETSCH et Philippe WAHL arguent que « *rien ne dit que l'objectif de tout modèle doit être la maximisation des intérêts des actionnaires, ni même qu'il s'agit là de l'objectif préférable en matière de croissance à long terme. Le problème est plutôt de trouver le partage des droits de propriété entre les différents acteurs de l'entreprise, ainsi que les formes de contrôle, qui assurent la mobilisation la plus efficiente des ressources productives. Or, il n'y a évidemment pas de solution unique à cette question* ».

Pour ces auteurs, la structure des systèmes financiers n'est pas principalement fonction des caractéristiques, de l'origine ou des carences des systèmes juridiques. Il existe en fait des complémentarités institutionnelles qui font que l'efficience d'un système financier, par conséquent son apport à la croissance économique, dépend de sa bonne articulation avec les autres dimensions du système économique et social. « *Les contrats financiers ne forment qu'une partie de la pyramide des contrats qui gouvernent les activités économiques individuelles. Les marchés et les intermédiaires financiers s'intègrent dans l'ensemble des institutions formelles et informelles qui conditionnent leur incidence sur le fonctionnement de l'économie. Ce qui signifie qu'il n'y a pas en soi de système financier optimal. Et qu'il n'existe pas de voie unique, ou de perceptions valables en toutes circonstances, pour promouvoir le développement financier* »[555].

Ainsi, quelle que puisse être le degré de connivence entre le secteur bancaire et celui des marchés financiers, la régulation, dans ses aspects juridiques, reste déterminante dans la l'allocation des ressources et des risques contribuant à la croissance. S'il reste des interrogations, elles portent sur l'importance de l'effet de cette régulation selon les économies, ainsi que sur la nature des politiques publiques adaptées pour en guider l'évolution et en contrôler les possibles insuffisances ou excès. Les réflexions doivent donc porter sur l'articulation entre le secteur financier et l'ensemble du système économique et social. Les auteurs, par leur questionnement, soulignent ainsi le besoin de recentrer les travaux universitaires non plus sur les vertus de la libéralisation et de l'innovation financières, mais sur l'interaction entre le fonctionnement des

[555] Michel DIETSCH Philippe WAHL, REF N°106 JUIN 2012 *SYSTEME FINNCIER ET CREATION DE VALEUR*, p.9-20

marchés et des intermédiaires financiers et l'économie réelle et sur l'intégration plus complète de la finance et de l'économie.

D'ailleurs, Arnoud W.A. BOOT et Matej MARINC ajoutent que lorsque les asymétries d'information sont importantes et que certains impondérables ne peuvent absolument pas être intégrés par contrat, il n'est pas exclu que certaines innovations puissent être destinées à tromper les acteurs du marché, détériorant ainsi la qualité de l'allocation du capital. Le fait est qu'au départ, la titrisation a pu permettre un accès plus large aux investisseurs, a réduit les coûts de financement et, de ce fait, a amélioré les possibilités de prêt pour les banques. Plus tard, cette même titrisation n'a plus servi qu'à proposer des produits externalisant les risques et améliorant la situation financière de l'émetteur.

423. Les développements sur les relations entre le système financier et l'économie, à travers la croissance ainsi que les divers autres articles relatifs au système financier, de la Revue d'Économie Financière nous auront permis de préciser certains concepts et de définir plus clairement ceux qui sont essentiels à notre approche terminologique. Le parallèle avec le journal généraliste Le Monde permet en outre de dissiper certains amalgames qui ont pu être relevés. D'abord, le substantif *intégrité*, ne précède presque jamais l'adjectif *financier*. Il est, souvent, nettement employée avec le groupe nominal *système financier*. Les spécialistes et professionnels des activités économiques et financières s'attachent à définir la notion d'*intégrité du système financier* plutôt celle d'*intégrité financière*. Ensuite, le *système financier* est entendu comme une combinaison, avec des interactions permanentes, du secteur bancaire et des marchés financiers. Ce dernier terme s'est définitivement substitué à celui de marché boursier. Thierry Bonneau et France Drummond semblent presque présenter cette substitution lorsqu'ils définissent la notion de marché : « *L'expression bourse de valeurs désigne seulement des marchés réglementés alors que le terme marché permet d'englober ceux qui ne le sont pas. Aussi paraît-il désormais préférable de distinguer, non la bourse des valeurs et les bourses de commerce, mais les marchés d'instruments financiers et les marchés de marchandises même si cette distinction doit être relativisée puisque la catégorie des instruments financiers comprend les contrats à terme sur toutes marchandises et denrées* ». Les intermédiaires financiers sont quant à eux identifiés aux banques et autres institutions qu'il faudrait circonscrire. Les banques, contrairement aux autres institutions financières, interviennent à la fois dans l'économie réelle, par la distribution des crédits, et sur les marchés financiers, par les activités d'intermédiation et de gestion des risques.

424. La notion de *stabilité financière* est également traitée par les spécialistes. Elle pourrait se confondre à l'*intégrité du système financier*, mais correspond surtout à une minimisation des coûts de faillite et au maintien du financement de l'économie. Il s'agit donc de faire en sorte que

l'ensemble constitué par les marchés financiers et les banques continue de financer l'activité économique sans que la défaillance d'un des acteurs ayant cette fonction n'entrave le mécanisme global de financement. Même si ces différents développements ne se consacrent pas exclusivement aux détails de fonctionnement d'un agent en particulier, leurs apports sémantiques contribuent véritablement à la compréhension des concepts autour desquels se structure le *système financier*. Ainsi, outre la fonction d'allocation des ressources et des risques, il apparaît que l'information traitée par les marchés financiers participe à la formation des prix et à la bonne gouvernance des entreprises, bien qu'il y ait des revers à l'accomplissement de ces fonctions. Dans le même ordre d'idée, les innovations financières facilitent l'accès aux ressources et la minimisation des coûts liés à la gestion du risque, mais ne sont pas sans danger pour l'ensemble du système financier. Enfin, la régulation des marchés procède de la protection du système financier et de l'ensemble de l'économie et s'organise autour d'un certain nombre de principes qui sont posés par les instances étatiques et les autorités de régulation.

425. La littérature spécialisée aura défini les rôles et présenté quelques unes des entités organisant le fonctionnement du système financier. Mais, une autre approche pourrait consister à définir l'*intégrité* du système financier en la faisant dépendre de l'*intégrité* particulière des différentes entités qui le constituent. Cependant, une telle construction reposerait sur un syllogisme qui n'a pas de fondement dans la réalité des activités économiques. En effet, la faillite ou les difficultés d'action d'un agent économique pris isolément, toute proportion gardée, n'a pas pour conséquence systématique le grippage de l'ensemble du système financier. Un tel raisonnement reviendrait d'ailleurs à confondre *stabilité* et *intégrité* du système financier.

426. Il peut également paraître pertinent d'envisager l'*intégrité* du système financier à l'aune du respect des principes qui gouvernent la régulation sur les marchés financiers. Le fait est que l'ensemble des acteurs intervenant ou ayant à intervenir sur ces marchés doivent inscrire leur action dans le strict respect des principes et des lois qui y sont en vigueur. Mais ce raisonnement conduirait lui aussi à une conclusion qui ne se vérifie ni dans la réalité économique, ni dans la réalité juridique. Le non respect d'un des principes dits essentiels aux marchés financiers, et à bien d'autres, ne se solde pas toujours par un dysfonctionnement complet de l'ensemble du système financier.

427. Il paraissait déjà judicieux d'appréhender nombre de notions au travers du rôle des entités qu'elles désignaient. Or, il est apparu que le système financier a pour rôle de garantir l'allocation des ressources et la distribution des risques. La définition de l'*intégrité* du système financier pourrait consister en la non-rupture de ces deux fonctions. Le système financier serait considéré

comme *intègre* tant qu'il continuerait à financer l'économie et à distribuer les risques. Cette approche, assez simpliste, et pourtant efficace, sera maintenue telle quelle. Toutefois, on se gardera d'assimiler l'*intégrité du système financier* à la notion d'*intégrité financière.* Celle-ci ne doit pas non plus être confondue à la *stabilité financière.* L'intégrité *du système financier* consiste dans la continuité du système à assurer ses fonctions d'allocation des ressources et de mutualisation des risques. La *stabilité financière* désigne la capacité des agents constituant le système financier à résister aux chocs économiques, tout en continuant de financer l'économie.

428. La définition de *l'intégrité financière* peut laisser songeur, tant cette notion peut paraître insaisissable et, surtout, inopportune. *L'intégrité financière* n'est pas un objet ou un sujet d'étude déjà isolé par un quelconque art. Quoique la juxtaposition des termes *intégrité* et *financière* permet de circonscrire les disciplines ou les outils par lesquels cette notion peut être appréhendée, l'interrogation de ceux-ci n'a pour réponse qu'une vaste étendue de propositions composites et disparates. En effet, ni dans la littérature économique, ni dans la doctrine juridique l'association des termes *intégrité* et *financière* n'apparaît. Et pourtant, *l'intégrité financière* semble être une notion familière au sens commun. Mais, peut-être faut-il alors interroger des disciplines dont la vocation est de moraliser la vie des affaires.

II. Cadre d'analyse et circonscription du vocable « intégrité financière »

La saisie ou la détermination de l'intégrité financière nécessite que soit identifiés les outils conceptuels ou logiques permettant de l'appréhender. Ainsi, le cadre d'analyse et la circonscription du vocable montre qu'il est indispensable de mobiliser des outils d'analyse qui sont pluridisciplinaires (1). En outre, des observations empiriques ont permis de montrer qu'il existe un besoin d'appréhender la notion d'intégrité financière (2), notamment dans les missions du *Compliance officer.*

1. Outils d'analyse pluridisciplinaire

429. **«** *L'éthique financière prend corps en Occident à la fin des années 1970, avec l'explosion des instruments et des marchés financiers. Cette nouvelle structure de l'économie occidentale incite désormais les entreprises à rendre leurs actifs de plus en plus productifs. (...)Le décalage croissant entre l'économie et la finance corrélé à la financiarisation de l'économie fait apparaître le besoin d'une éthique spécifiquement financière, et pas seulement économique* ». La notion d'éthique financière sera traversée par plusieurs tensions. D'abord, elle se situera en amont de la morale, en étant plus théorique et, en même temps, en se prêtant d'avantage aux applications pratiques. Ensuite, l'éthique relève de la conscience, et en même temps elle est

objectivée et institutionnalisée. L'éthique entend faire coïncider les univers de la morale et du profit. La torah, la politique d'Aristote, l'Évangile, le Coran condamnent le prêt d'argent rémunéré.

430. La transparence résume toutes les caractéristiques de l'éthique financière. Elle représente à la fois un objectif visé par l'éthique et un moyen préconisé pour l'atteindre. La transparence apparaît comme le dénominateur de toutes les qualités évoquées et requises pour établir des relations de confiance entre les acteurs. L'éthique financière devient ainsi un processus de légitimation des activités et des finalités financières. Toutefois, l'apparition d'une éthique financière correspond à une financiarisation de l'éthique consistant à optimiser la gestion des ressources que l'on a à sa disposition. Certains philosophes soutiendront que « *seul le cadre judéo-chrétien permet de penser l'éthique des affaires dans sa richesse et sa complexité : au-delà de la simple – et simpliste – notion d'intégrité* »[556].

431. Il n'est pas possible de définir précisément la notion *d'intégrité financière* avec les seuls objets de l'Éthique. D'abord, dans sa définition l'Éthique paraît ne traiter de l'i*ntégrité financière* que très partiellement : «*L'éthique financière désigne un ensemble de vertus, dont la liste et la hiérarchie sont variables, et la présence souhaitée dans les activités financières* ». Dans cette définition, l'Éthique pourrait donc faire appel à la notion de *probité.*

Cependant, au niveau de l'Éthique la *probité* ou l'*intégrité* apparaissent comme de simples vertus. Elles ne dépendent que de la volonté ou de la conscience de l'individu appelé à manifester ces « qualités » vis-à-vis de ses relations d'affaires. Ces dernières ne sont pas placées sous le sceau de la *protection* voulue par l'*intégrité* puisque la « vertu » reste une appréciation morale là où la *protection* intimée par *l'intégrité financière* semble être posée comme un principe péremptoire. Ensuite, les vertus variablement suggérées par l'Éthique ne sont que souhaitées. Elles ne s'imposent pas dans les relations. Cette caractéristique de « souhait » conforte ainsi l'idée selon laquelle la puissance de contrainte de l'Éthique dépend de la seule volonté et de la seule conscience de l'individu qui observe un comportement éthique dans ses relations d'affaires. Enfin, *« l'éthique financière est un processus de légitimation des activités et des finalités financières. »* Cette autre définition de l'éthique ne pose pas l'*intégrité* comme un principe devant présider les activités et les finalités financières. De fait, dans cette idée de « processus de légitimation », il est difficile de concevoir l'idée de *protection* inhérente à la notion d'*intégrité financière.* Même s'il y a dans l'Éthique des éléments pouvant aider à la définition de la notion

[556] Dictionnaire et de philosophie morale, sous la direction Monique Canto-Sperber, Presses universitaires de France, février 2001 Vandoeme

d'*intégrité financière*, l'Éthique ne présente pas suffisamment l'idée de protection qui sous-tend la notion d'*intégrité.*

432. Étant donné qu'il ne s'agit que de la seule i*ntégrité financière*, les disciplines juridiques relatives à la conduite des affaires paraissent les mieux à même de conduire ou de déboucher sur une notion d'*intégrité financière.* Pour ce faire, sans qu'il soit nécessaire d'aller dans le détail de chacune des disciplines relatives aux questions économiques et à la conduite des affaires, l'appréhension de leur objet respectif paraît suffisante quant à la possibilité qu'elles contribuent ou non à une définition de l'*intégrité financière.*

433. La notion d'*intégrité financière* peut se saisir par le prisme des disciplines juridiques relatives à l'économie et à la conduite des affaires. Dans ce cadre, le droit des marchés financiers paraît être la discipline la plus directement concernée par la *notion d'intégrité financière*. En effet, en considérant l'objet de cette discipline, il apparaît qu'à propos des marchés réglementés, la sécurité, la transparence, l'égalité et l'équité sont les principes directeurs des marchés réglementés en ce qu'ils motivent nombre de règles qui leur sont applicables. Ils ont tous la même finalité, la protection des investisseurs et du système financier, ce qui explique leur enchevêtrement[557]. Mais, il apparaît que cette protection est moins grande sur les marchés de gré à gré : l'intensité des risques liés à ces marchés, spécialement aux marchés dérivés, est soulignée en raison de l'effet de levier qui résulte de l'absence des mécanismes destinés à en assurer la sécurité des transactions. La protection des investisseurs paraît également moins bien assurée parce que non seulement la transparence ne se rencontre *a priori* pas sur ces marchés, mais aussi parce que la réglementation des infractions boursières n'y est pas en principe applicable, *«ces différences n'impliquent pas une absence totale de protection : le droit commun, qu'il soit civil, commercial ou pénal, a vocation à s'appliquer ; et l'AMF entend bien ne pas l'exclure de son domaine de compétence »*[558].

En outre, on peut observer que l'autonomie d'un droit est liée à l'existence d'un ensemble de règles cohérentes se suffisant à elles seules et s'affranchissant des règles de droit commun[559]. Le droit des marchés financiers a connu le développement d'un corpus de règles dues, pour la plupart d'entre elles, à des autorités de tutelle ou à des autorités de marché, et non au législateur ou au gouvernement et, d'autre part, de l'existence de règles dérogatoires, en particulier en cas de

[557] France Drummond, *Droit des marchés financiers*, en collaboration avec Th. Bonneau, Economica, 3e édition, 2010 (Ouvrage couronné par l'Académie des sciences morales et politiques).
[558] *Ibid.*
[559] Pierre-Charles Pradier

redressement ou de liquidation judiciaire d'un intermédiaire financier, et de principes directeurs gouvernant les marchés réglementés.

Toutefois, au-delà de l'apparence, les concepts autour desquels se bâtit le droit des marchés financiers sont ceux du droit civil. Sur les marchés sont conclus des contrats ; les principes directeurs participent de l'évolution générale du droit qui tend à la protection de la partie faible, notamment par l'information, et à assurer l'égalité entre tous. L'importance des sources professionnelles ne doit pas conduire à négliger le rôle de la loi ou de la jurisprudence. Le droit des marchés financiers, à l'égard de nombre de branches du droit, telles que le droit commercial ou le droit bancaire, est devenu une véritable discipline juridique composée de règles cohérentes mêlant le droit commun et des règles spécifiques. Cependant, ces nombreux emprunts au droit civil ou à la production des corps professionnels ne suffisent pas à faire du droit des marchés financiers un droit autonome. Le fait est que le droit des marchés financiers finit par apparaître comme un droit professionnel ne tirant son unité que par le fait qu'il concerne « *un certain milieu social centré autour d'une technique ou d'une activité professionnelle* ». Cette assertion se vérifie à propos du droit des marchés financiers car certaines activités sont réservées à des professionnels agréés.

434. Par ailleurs, le droit des marchés financiers constitue une branche du droit commercial. L'article L. 110-1 du Code de commerce confère une nature commerciale aux activités d'intermédiaires et aux activités financières : « *toutes opérations d'intermédiaires pour l'achat, la souscription ou la vente d'immeubles, de fonds de commerce, d'actions ou parts de sociétés immobilières* » et « *toute opération de change, banque et courtage* » sont réputées actes de commerce. De plus, le droit commun reconnaît le principe de liberté contractuelle sur les marchés de gré à gré, qui échappent de fait au droit des marchés financiers. Tandis que ce dernier est assorti de contraintes. Partant, malgré son précieux apport technique, le droit des marchés financiers ne suffit pas, à lui seul, à fournir les outils permettant d'appréhender la notion d'*intégrité financière*. Mais, la notion de *protection* étant largement développée dans les objets du droit des marchés financiers, celui-ci pourrait efficacement contribuer à définir la notion d'*intégrité financière*, même si son manque d'autonomie oblige à interroger d'autres disciplines juridiques.

435. Il est désormais admis qu'aujourd'hui les commerçants perdent progressivement leur identité et se fondent dans une communauté composée de différents *professionnels*. Les règles juridiques applicables aux seuls commerçants tendent également à se réduire. Parallèlement, un corps de règles essentielles pour le commerce s'appliquent à l'ensemble des entreprises et

émergent dans le droit de la concurrence[560]. Le droit commercial est progressivement devenu le droit de tous les professionnels. Même si, comme le soutiennent certains auteurs, il existe toujours un droit spécifique pour les commerçants et il en sera toujours ainsi dès lors qu'une juridiction spéciale, tel que le tribunal de commerce, aura à connaître des litiges des commerçants.

436. De même, la négociation des contrats, leur exécution, la transmission des créances commerciales ont toujours été soumises à des règles dérogatoires. Les procédures commerciales se veulent elles aussi plus rapides. A cette exigence de rapidité s'ajoute celle de la sécurité. Le droit commercial la satisfait en ayant développé des théories telle que celle de l'apparence, qui va protéger celui qui, de bonne foi, s'est fié à la qualité annoncée d'une personne ou l'apparence d'un document. Les règles encadrant la publicité contribuent également à cette sécurité juridique. Au titre de ces règles, l'encadrement du crédit bénéficie d'une place originale dans le droit commercial. Il n'est donc pas surprenant que de nombreuses institutions propres à la vie des affaires aient pour objet de favoriser l'octroi du crédit, la garantie du prêteur ou son remboursement en cas de défaillance de l'emprunteur.

437. L'apparition de la notion d'entreprise, qui coexiste avec celle du marché, ainsi que les nombreux progrès enregistrés dans les technologies de la transmission et du traitement de l'information, ont complètement bouleversé les relations d'affaires. Ainsi, les professionnels s'échangent leur consentement par ordinateur, tandis qu'un marché naît également dès qu'il y a une autorité qui régule les échanges. Le professionnel peut être un commerçant, mais le terme peut aussi désigner l'artisan, l'agriculteur, le professionnel, exerçant une activité libérale. Des entrepreneurs ont fait leur apparition à côté des sociétés, gérées par une personne physique ou morale. La notion d'*intégrité financière,* compte tenu de toutes ces évolutions, même si elle était appréhendée dès l'origine, ne peut plus correspondre au traitement qu'en faisait initialement le droit commercial. Bien qu'il reste toujours possible d'aller puiser dans les ressources de cette discipline, l'évolution des marchés et des modes d'exécution des transactions sont d'une nature telle que le droit commercial se doit d'être associé à d'autres disciplines pour arriver à cerner la notion d'*intégrité financière,* notamment le droit des sociétés. Ce dernier fixe, quant à lui, le régime juridique des sociétés. Pour autant il ne suffit pas, à lui seul, à appréhender la notion d'*intégrité financière,* puisque les différentes relations en vigueur sur les marchés financiers ne dépendent pas du seul régime juridique desdites sociétés. Cependant, le droit des sociétés se révèle efficace dans le choix du régime juridique d'une entreprise. C'est plus dans la stratégie

[560] D. Bureau et N. Molfessis : « Le bicentenaire d'un fantôme », in *livre du bicentenaire du Code de commerce, Dalloz, p.61*

d'exploitation de cette entreprise que dans la protection de l'*intégrité financière* qu'il se révèle efficace. Le droit des sociétés est plus un droit de maximisation que de protection. Or, s'il est une branche du droit à laquelle est inhérente la notion de protection, c'est celle du droit pénal. Les régimes de protection qu'elle met en œuvre ou qu'elle impose fournissent les outils définissant la notion d'*intégrité financière.* La réflexion menée sur cette notion ne saurait donc être entreprise que sous les lumières de la matière pénale.

438. Le droit pénal réunit en son sein plusieurs disciplines ayant chacune leur propre autonomie. Merle et Vitu définissent le droit pénal comme « *l'ensemble des règles juridiques qui organisent la réaction de l'État vis-à-vis des infractions et des délinquants* ». Robert le définit comme « *l'ensemble des normes juridiques qui réglementent le recours de l'État à la sanction pénale* ». Pour Pradel, c'est « *le droit de l'infraction et de la réaction sociale qu'elle engendre* ». Nous adopterons la définition de Frédéric Desportes et Francis Le Gunehec, qui retiennent que le droit pénal est *« l'ensemble des normes ayant pour objet de déterminer les actes antisociaux, de désigner les personnes pouvant en être déclarées responsables et de fixer les peines qui leur sont applicables* ».

439. Au-delà des fonctions répressives et expressives du droit pénal, c'est sa fonction protectrice qui intéresse notre démarche. En effet, en même temps qu'il réprime les atteintes qui leur sont portées, il exprime les valeurs essentielles de la société. Bien que l'on puisse constater de nombreux développements récents dans le droit pénal technique, le droit pénal continue de conserver ses propres notions et raisonnements. Ce qui d'ailleurs conduira Rousseau à dire, dans son *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes,* que « *les lois pénales sont moins une espèce particulière de lois que la sanction de toutes les autres* ». Ainsi, toutes les branches de droit ont, d'une façon ou d'une autre, un volet répressif.
En outre, la diversité des problématiques dont se saisit le droit pénal permet d'appréhender dans leur globalité la variété des domaines auxquels peut s'appliquer la notion d'*intégrité.* Dans cette optique, les transactions ayant cours au sein du système financier, tel que défini dans la littérature spécialisée, n'échappent pas à la prégnance du droit pénal et leur technicité relève du domaine plus particulier du droit pénal des affaires. L'appréhension de la notion d'*intégrité financière* nous paraît désormais possible par le prisme du droit pénal.

440. L'intégrité financière désigne la protection de la circulation de la monnaie et des obligations monétaires. Les sciences criminelles qui ont une approche légaliste de la criminalité financière appréhendent celles-ci par le seul prisme des déclinaisons techniques de la matière pénale. La circulation de la monnaie et des obligations monétaires intéressent à la fois des

mécanismes économiques et juridiques. Or, la prégnance de la perspective légaliste est telle qu'elle a donné lieu à des courants essentiellement juridiques se spécialisant dans le droit des affaires, le droit pénal et le droit financier. La difficulté réside en réalité dans un cloisonnement des disciplines économiques et juridiques, alors qu'une synthèse opératoire peut être trouvée dans l'idée que la criminalité financière tient avant tout dans la circulation de la monnaie et des obligations monétaires, et que les facteurs favorisant cette circulation sont étudiés par les sciences économiques et juridiques.

2. Observation d'un besoin d'intégrité financière

441. Nous avons été amenés à effectuer un certain nombre d'observations dans les milieux de la lutte anti blanchiment. La confidentialité et le poids du secret prévalant dans ces professions nous ont contraints à nous immerger dans un certain nombre d'établissements financiers, plutôt que d'élaborer des enquêtes sur la base de questionnaires et autres formulaires. Cette immersion au sein des banques nous aura permis d'établir une relation de confiance avec les professionnels de la lutte anti blanchiment.

En effet, l'accès aux dossiers des clients « mis sous surveillance » ou l'accès aux procédures de lutte anti blanchiment au sein de l'établissement de crédit étant sous le coup du secret professionnel, il a fallu que nous risquions nous-mêmes notre propre responsabilité en devenant nous-mêmes des professionnels de la lutte anti blanchiment. Cette période d'observation aura été d'une durée totale de dix huit mois. Ces dix huit mois d'observation ont été passés dans quatre établissements différant tant par la nature de leurs activités que par celle de leurs missions, leur point comment étant qu'ils sont assujettis à la lutte contre le blanchiment des capitaux.

La première partie de notre observation aura duré neuf mois au sein d'un établissement de crédit. Au sein de cet établissement, nous avons d'abord été affectés au service Conformité, puis, une réorganisation de l'organigramme de l'établissement étant devenue effective, nous avons été affectés à la Direction des risques. Au sein de celle-ci, nous avons eu à traiter à la fois des questions relatives à la conformité juridique, à la lutte anti blanchiment.

442. La période passée au sein de cette Direction des risques nous aura permis de voir comment était menée la lutte anti blanchiment à la fois au niveau de l'activité de banque de détail et de l'activité de marché de cet établissement. Cette période aura été l'occasion d'être aux prises avec les problématiques de la lutte anti blanchiment propre à chaque activité de la banque, mais aussi avec les problématiques transcendant tous les départements de cette banque, liée à la lutte anti blanchiment et à celle contre le financement du terrorisme. Par ailleurs, cette période aura été l'occasion de comprendre et de cerner le fonctionnement des outils dédiés à la LAB/FT.

Enfin, cette expérience aura été l'occasion de partager et de se saisir de la psychologie des professionnels de la LAB/FT. En effet, la dimension humaine de la lutte est un élément déterminant dans la mesure où c'est elle qui est confrontée à la double problématique d'efficacité de la lutte et de l'optimisation de la relation avec le client. Il est demandé au professionnel d'être performant tant dans la lutte que dans la réalisation de profit dans la relation avec la clientèle, alors même que cette dernière devient à la fois source de profit et objet de suspicion. Le professionnel de la lutte anti blanchiment se voit assigné, dans une certaine mesure, des missions de police qui doivent entrer, à terme, dans une stratégie personnelle d'évolution des carrières et d'affirmation de la vocation. Sur ce dernier point, les changements affectant les profils recrutés dans la lutte anti blanchiment sont d'ailleurs assez significatifs.

443. La période qui a suivi celle passée au sein de l'établissement de crédit nous a ensuite conduits à nous intéresser à la formation sur la lutte anti blanchiment. Pour ce faire, nous avons intégré un organisme spécialisé sur les formations en finance. Ledit organisme était d'ailleurs un des prestataires d'une autre banque qui a connu une évolution presque dramatique suite à la crise dite des *subprimes*, Dexia. L'organisme offrait des formations sur de nombreux métiers de la finance des marchés, en collaboration avec d'autres cabinets d'avocats. Concernant les formations dédiées à la lutte anti blanchiment, celles-ci étaient conçues par la collaboration tripartite des membres de l'organisme nous accueillant, des *Compliance officers* et des d'avocats. Nous avons eu l'occasion, pendant la conception de ces formations, de suivre le processus de construction tant conceptuel que pratique des formations dédiées à la lutte anti blanchiment.
Nous avions désormais une approche concrète de la lutte anti blanchiment, tant dans son enseignement que dans sa mise en œuvre. Toutefois, l'échelle à laquelle nous l'avions étudiée ne constituait qu'un échantillon peu significatif. Il nous alors été offert l'opportunité d'être admis au sein de l'Autorité des marchés financiers à Paris, où l'accès à un plus grand nombre de dossiers d'acteurs du secteur financier nous a été autorisé. Bien que la révélation ou la publication de la plupart des informations que nous y avions collectées demeurent interdites, l'accès à la base de données de l'AMF nous aura néanmoins permis de valider ou d'infirmer certaines observations ou hypothèses apparues au cours des précédentes expériences. Ainsi, l'occasion nous aura été donnée d'avoir une vision plus globale des préoccupations des professionnels des marchés financiers quant à la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, de les confronter et de les recouper afin d'en dégager des questionnements qui nous ont convaincus de l'intérêt de définir une notion d'*intégrité financière* qui soit opératoire.

444. Enfin, notre période d'enquête de terrain s'est achevée par un ultime stage au sein d'une banque de financement. L'activité de cette banque étant essentiellement internationale, il nous

était offert d'observer comment la définition et la mise en œuvre française de la LAB/FT se confrontait à d'autres systèmes juridiques. A l'échelle internationale, la réalité de la lutte anti blanchiment demeurait stable dans la définition de quelques notions, mais variait fortement quant à sa mise en œuvre. Ainsi, certains procédés de la connaissance client, certains critères sur la base desquels les décisions d'investissement étaient prises ou même simplement les outils de lutte mis en œuvre dans le cadre de la lutte strictement internationale, revêtaient des contours foncièrement différents de ce que nous avions pu observer dans le cadre des opérations financières effectuées localement. La confrontation de la mise en œuvre de la lutte anti blanchiment menée à l'échelle nationale avec celle menée dans le cadre d'opérations internationales a achevé de nous convaincre de la nécessité qu'il y a de poser une définition de la notion d'*intégrité financière.*

445. Circonscrire la notion d'*intégrité financière* ne revêt d'intérêt que dans la considération des qualités opératoires d'une telle notion. Celles-ci pourraient triplement impacter l'appréhension de la lutte contre la criminalité. D'abord, prendre en compte l'existence d'une notion d'*intégrité financière* impliquerait en matière de recherches économiques que les seules conditions favorables à la croissance ou à la production de valeur ne soient plus les principaux thèmes de recherche. L'appréhension d'une telle notion pourrait avoir des implications sur la manière dont les autorités de régulation conçoivent la réglementation prudentielle. Celle-ci ne s'articulerait plus autour des seuls principes favorisant la croissance économique et la stabilité du système financier, mais seraient repensés de sorte que la croissance économique et financière ne se résume plus aux seules conditions de profitabilité des opérations de certains acteurs privés, et intègre l'intérêt de la collectivité dans la circulation des obligations et de la monnaie. Enfin, l'appréhension de cette notion pourrait faire évoluer la culture présidant à la gestion des risques. Au niveau des entreprises, les services en charge de la gestion des risques seraient ainsi constitués de professionnels ayant un même modèle de réflexion : « l'intégrité financière », et non plus des logiques de raisonnement s'affrontant dans la *transgression* de l'interdit et la *négation* du risque. Au niveau des formations universitaires, on pourrait ainsi penser à mettre en place des programmes décloisonnant de façon plus pertinente les métiers ou les expertises juridiques et financières consacrés au maintien de l'*intégrité* du système financier ou à la lutte contre la criminalité financière.

Chapitre 2. Approche de l'intégrité financière dans la LAB/FT

L'information permet la traçabilité des objets du crime dans la LAB/FT (section 1). Ensuite, la monnaie, qui est un des objets de l'intégrité financière, est l'élément en fonction duquel est défini le régime de la lutte anti blanchiment. La lutte contre la criminalité financière, au sein des établissements de crédit, s'articule essentiellement autour des spécificités monétaires du blanchiment (section 2).

Section 1. Traçabilité dans la LAB

La LAB nécessite avant tout que l'on puisse identifier les circuits empruntés par les produits du crime. L'information constitue la principale matière de cette fonction de la LAB. En ce sens, l'information permet une construction du circuit de blanchiment (I). Toutefois, ce circuit n'est efficace que lorsque l'exploitation de l'information est pertinente. Cette dernière qualité de l'information dépend souvent de l'intime conviction du *Compliance officer*. C'est le poids de cette « intime conviction » qui pose la subjectivité des indices (II) en matière de LAB/FT.

I. Construction du circuit

La LAB/FT reconstruit le circuit des sommes d'argent. Ce circuit rend possible la détermination d'un critère visant l'identification de l'origine des sommes d'argent (1). C'est ce critère qui organise l'essentiel de l'activité de la LAB/FT. Cependant, ce critère de l'identification de l'origine peut se révéler insuffisant dans le cadre d'une activité internationale de la banque. Le fait est qu'à cette échelle, l'incrimination du blanchiment devient relative (2) et devrait conduire à considérer le blanchiment avant tout comme une technique interdite en raison de l'origine des produits.

1. L'identification de l'origine des sommes

446. Le 9 décembre 1999 à New York, fut adoptée la Convention internationale pour la Répression du financement du terrorisme, par l'Assemblée générale des Nations Unies. Le texte indique que commet une infraction de financement du terrorisme toute personne qui, par quelque

moyen que ce soit, directement ou indirectement, illicitement et délibérément, fournit et réunit des fonds dans l'intention de les voir utilisés ou en sachant qu'ils seront utilisés en tout ou partie, en vue de commettre tout acte « *destiné à tuer ou blesser grièvement un civil, ou toute autre personne qui ne participe pas directement aux hostilités dans une situation de conflit armé, lorsque par sa nature ou son contexte, cet acte vise à intimider une population ou à contraindre un gouvernement ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque* ». Depuis les attentats du 11 septembre 2001 et la résolution 1373 de l'ONU du 8 septembre 2001, la lutte contre le financement du terrorisme fait l'objet d'un traitement plus intense. Ainsi, les États ont étendu la législation contre le blanchiment de capitaux aux activités terroristes et la déclaration de soupçon s'applique désormais au financement du terrorisme. Ce dernier, contrairement au blanchiment, peut consister en une mise à disposition de fonds n'ayant pas forcément une origine illicite, on parle alors de noircissement.

447. Dans la lutte contre le financement du terrorisme, il s'agit moins de contrôler l'origine des fonds que leur utilisation future. De façon symétrique, là où la lutte contre le blanchiment de capitaux a pour critère référentiel l'origine des fonds, la lutte contre le financement du terrorisme va retenir comme critère la destination des fonds. La cloison de part et d'autre de laquelle se trouvent l'espace licite et l'espace illicite devient un critère opératoire. Les fonds provenant de l'espace licite ne font pas l'objet d'une vigilance particulière du *Compliance officer*, puisqu'il n'est pas utile de réaliser un montage spécifique pour affecter les fonds à une opération à vocation terroriste. Le projet terroriste peut d'ailleurs lui-même être parfaitement légal dans ses actes préparatoires. L'appréhension du financement du terrorisme pose ainsi qu'en soi, le blanchiment n'est qu'un ensemble de techniques de montage permettant de transférer des fonds de l'espace illicite vers l'espace légal et montre que les infractions de blanchiment et de financement du terrorisme participent à la protection d'un circuit, celui de la circulation des sommes d'argent.

448. Les déclarations de soupçons sont motivées par un doute. Celui-ci ne peut porter que sur « *les sommes inscrites dans les livres, des assujettis, qui pourraient provenir du trafic de stupéfiants, de la fraude aux intérêts financiers des Communautés européennes, de la corruption ou d'activités criminelles organisées ou qui pourraient participer au financement du terrorisme* ».

449. Malgré la clarté de la présentation des éléments sur lesquels doivent se fonder les déclarations de soupçons, les indices devant motiver les doutes des services LAB donnent quelques fois lieu à des décisions inefficaces et sources de conflits entre les services concernés

par la décision d'investissement. D'après le texte du Code monétaire et financier, les indices propices au doute doivent porter sur deux éléments : l'origine et la destination des fonds.
Concernant l'origine, la déclaration de soupçon doit se fonder sur le doute qui naîtrait du fait que l'origine des sommes d'argent puisse être illicite. L'illicéité tient à ceci que les sommes proviendraient d'activités illégales ou criminelles. C'est à ce premier niveau qu'il existe des confusions entre les services LAB et les services dédiés aux risques opérationnels ou à la fraude. Bien souvent, il se pose un problème de compétence à ces services qui se demandent si sur un dossier ce sont les risques opérationnels ou la LAB qui est compétente. Pourtant, le critère de l'identification de l'origine s'avère utile quant à la réponse à cette question.

450. Dans l'optique de la fraude et des activités criminelles, les risques opérationnels sont compétents dès lors que la fraude porte sur les actifs de la banque. Ceux-ci peuvent être des instruments de paiement ou des instruments de crédits. Dans une telle configuration l'origine de la fraude est dans la banque. C'est-à-dire que les criminels se servent des sommes d'argent ou des instruments émis par la banque. Les sommes objet du doute proviennent de la banque, la naissance du risque est interne à la banque. En l'état actuel de la définition des missions du *Compliance officer,* on peut donc soutenir que c'est le service risque opérationnel qui est compétent quelle que soit la destination des sommes du moment qu'elles ont pour origine la banque. L'origine ne doit pas être entendue au sens de la situation géographique, mais dans un sens comptable. En d'autres termes, les fraudes et autres activités criminelles portant sur des opérations au crédit de la banque sont du ressort de la direction des risques opérationnels, sauf à établir la nécessité d'une déclaration de soupçon.

451. Dans l'autre sens, les opérations au passif de la banque sont du ressort de la LAB. En fait, les sommes devant éveiller le doute des *Compliance officer* sont celles qui proviennent d'activités criminelles ou de relations d'affaires nécessairement extérieures à la banque. Les techniques de blanchiment impliquant cette dernière vont souvent avoir lieu à son passif. Le fait est que pour blanchir, les criminels et les fraudeurs déposent l'argent sale sur un compte qui rend la banque débitrice. Ces opérations, qui sont au crédit des comptes des clients, sont au passif du compte de la banque. Les services LAB sont donc compétents dans les cas où la provenance des fonds illicites est extérieure.
Toutefois, il n'est pas exclu que le criminel fasse partie du personnel même de la banque, il importera d'identifier les étapes de la technique de blanchiment. D'abord, il y aura eu une fraude, l'origine des sommes est interne à la banque, c'est la direction des risques opérationnels qui est compétente. Le fraudeur, peut par étourderie, conserver les sommes issues de la fraude dans un compte qu'il a au sein même de la banque victime, ou les transférer vers une autre banque. Selon

la qualification qui sera faite de la fraude, dans un premier temps, la qualification de blanchiment pourra être retenue si les sommes issues de la fraude sont utilisées à partir du compte enregistré au sein même de la banque victime. Mais dans ce cas de figure, peu fréquent, il s'avérera judicieux de privilégier la seule fraude interne et les sanctions qui y sont relatives.

Dans le cas où l'argent issue de la fraude est transféré vers une autre banque, la banque de destination pourra fonder sa déclaration de soupçon sur un doute de blanchiment puisque les sommes reçues proviennent de l'extérieur et sont inscrites à son passif, tandis que la banque d'origine privilégiera la fraude. Enfin, dans le cas où la complicité de blanchiment semblerait probable, concernant un collaborateur interne à la banque, le service LAB redevient compétent. Le critère se fondant sur l'identification de l'origine des sommes d'argent concernées par la fraude permet ainsi de départager les compétences entre les services LAB et les services des risques opérationnels, abstraction faite des processus de blanchiment.

2. Nature relative de l'incrimination de blanchiment

452. Pour Jean Luc Bacher[561], le blanchiment a été défini comme une opération consistant à transformer les profits d'actes criminels de façon à en dissimuler l'origine illégale. Il est un processus dynamique reposant sur le fait de dissocier les fonds de l'infraction dont ils proviennent, d'en dissimuler les traces pour déjouer les recherches, et de restituer l'argent au criminel après avoir masqué l'origine « économique » et géographique de l'argent. Le blanchiment est donc une entrave à la justice puisqu'il tend à empêcher la justice de retracer et de récupérer les produits du crime. Il est un comportement analogue au recel.

453. De l'incrimination du blanchiment des produits issus du trafic de drogue, le blanchiment a évolué jusqu'à réprimer tous les bénéfices de presque tous les crimes lucratifs. Avant 1989, au Canada, l'argent blanchi ne pouvait provenir que de deux sources : la criminalité organisée ou les infractions en matière de drogue. Après de nombreux élargissement du champ d'incrimination du blanchiment, une certaine affaire Dynar va faire évoluer ce champ d'incrimination au Canada. En effet, un informateur du FBI se faisant passer pour un délinquant, avait convaincu un citoyen canadien de recycler de l'argent prétendument sale. Saisie, la Cour suprême se demanda s'il était possible de condamner pour blanchiment celui qui accepte de recycler de l'argent qu'il croit, à tort, provenir d'une activité criminelle. Les juges posèrent qu'il n'était pas possible de se rendre coupable de blanchiment dès lors que l'argent n'était pas vraiment d'origine criminelle. Le législateur canadien modifia alors la loi en posant qu'il ne fut plus nécessaire de savoir que l'argent était d'origine criminelle pour le recycler, mais qu'il eût suffi de le croire, même à tort.

[561] Juge au Tribunal pénal fédéral, Canada

En 2005 le Canada finit par définir l'infraction en ces termes : « *Est coupable d'une infraction quiconque, de quelque façon que ce soit, utilise, enlève, envoie, livre à une personne ou à un endroit, transporte ou modifie des biens ou leurs produits, en dispose, en transfère la possession ou prend part à toute autre forme d'opération à leur égard, dans l'intention de les cacher ou de les convertir sachant ou croyant qu'ils ont été obtenus ou proviennent, en totalité ou en partie, directement ou indirectement : soit de la perpétration, au Canada, d'une infraction désignée, soit d'un acte ou d'une omission survenu à l'extérieur du Canada qui, au Canada, aurait constitué une infraction désignée* ».

454. De prime abord, la non prise en compte de la connaissance par l'auteur de l'origine criminelle ou non des sommes d'argent fait paraître le blanchiment comme une infraction extrêmement sévère, niant le trait, à défaut duquel la qualification de blanchiment ne peut être retenue en droit français, un dol spécial. En effet, si l'agent ayant réalisé l'opération de blanchiment avait eu conscience de l'origine du produit qu'il blanchissait, aurait-il renoncé à l'opération de blanchiment ? La réponse à cette interrogation, fut-elle affirmative, n'aurait pas été déterminante quant à la volonté de l'agent d'introduire dans le circuit légal un argent ou un produit dont il ignore l'origine. Le *dol spécial* est donc caractérisé non pas dans la connaissance de l'origine du produit ou de l'argent à recycler, mais plutôt dans le fait d'user d'un procédé, dit de blanchiment, qui est en soi érigé en infraction par la législation canadienne.

Par ailleurs, le procédé ainsi incriminé l'est en raison de la caractéristique d'être un mécanisme de transfert de biens, d'un patrimoine à un autre. En l'occurrence, le blanchiment peut être entendu comme l'ensemble des procédés permettant de faire passer un bien ou un produit d'un patrimoine criminel à un patrimoine légal. Il n'est érigé en infraction que précisément parce que le patrimoine d'origine est perçu comme criminel ou obtenu de façon criminelle. Ceci implique que l'activité de lutte contre le blanchiment consiste dans une première phase à retracer le circuit des fonds ou des produits. Il s'agit de retracer l'itinéraire des fonds.

455. Un arrêt du Tribunal fédéral suisse faisait état du fait que le fisc prélevait la TVA sur le trafic de drogue[562]. Daniel Stoll[563] s'est alors interrogé sur le résultat d'une telle jurisprudence. Il rappelle notamment que le droit pénal suisse saisit les profits illicites alors que le droit fiscal prône l'égalité entre justiciable, peu important l'origine des revenus[564]. Certains États n'hésitent pas à prélever un impôt sur le chiffre d'affaire d'activité réputées illégales, assimilées à n'importe

[562] TF, 2c_16/2008 du 16 mai 2008

[563] Professeur remplaçant, Substitut du Juge d'Instruction du canton de Vaud

[564] Daniel Stoll, *l'argent n'a-t-il vraiment pas d'odeur en matière fiscale ?* In *La lutte contre la criminalité économique : réponses interdisciplinaires à un défi global,* l'Harmattan, Paris 2010

qu'elles autres activités licites[565]. L'analyse de Daniel Stoll pose ainsi la question de la cohérence du Droit face la question du blanchiment. Il s'agit de faire en sorte que la spécialisation dans un domaine donné du droit n'entraîne pas des décisions qui se révèleraient incohérentes dans un autre domaine, et partant dans l'ordre juridique[566]. En fait, le justiciable se voit interdit d'exercer une activité illicite et s'il entrave la découverte d'argent sale en l'investissant dans des entreprises ou en payant des créances, il encourt la condamnation pour blanchiment d'argent. Dans le même temps, un impôt est perçu sur une prestation interdite tout en sachant que l'argent encaissé ne peut provenir que d'activités délictueuses, sans que, dans ce cas, l'auteur ne fasse l'objet de poursuite pour blanchiment, ni le récipiendaire des montants, c'est-à-dire le fisc. Cette présentation paradoxale du blanchiment contribue pourtant à mieux cerner l'infraction de blanchiment, et partant la notion d'*intégrité financière*.

456. Dans le cadre de l'interprétation de l'article 2 de la sixième directive 77/388/CEE du Conseil du 17 mai 1977, en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires, la Cour de justice des communautés européennes a jugé que le principe de neutralité fiscale s'oppose, en matière de perception de TVA, à une différenciation entre les transactions licites et les transactions illicites. Cependant, la Cour a déclaré qu'en ce qui concerne les produits présentant « *des caractéristiques particulières en ce qu'ils relèvent, par leur nature même, d'une interdiction totale de mise en circulation dans tous les états membres, à l'exception d'un circuit économique strictement surveillé en vue d'une utilisation à des fins médicales ou scientifiques* », le principe de neutralité fiscale ne peut être admis.

457. Dans une situation spécifique de concurrence entre un secteur économique licite et un secteur illicite, le non assujettissement à la TVA ne saurait affecter le principe de neutralité fiscale[567]. En 1999, la Cour de justice a précisé, pour le cas du trafic de drogue, que si la vente de stupéfiants demeurait non taxable, tel n'était pas le cas de la location d'un emplacement utilisé pour la vente de stupéfiants puisqu'il existe une concurrence entre activité licite et illicite dans ce secteur et en cas de non-assujettissement, il serait porté atteinte au principe de neutralité fiscale du système de TVA. Le principe de neutralité fiscale s'entend donc lorsqu'une activité illicite peut entrer en concours avec une activité licite. La taxation demeure exclue dans les cas où toute concurrence entre secteur économique licite et un autre illicite est exclue.

---

[565] *Ibid.*
[566] *Ibid.*
[567] Arrêts *Happy Family* du 5 juillet 1988 (289/86, Rec. P. 3655), point 20 et *Mol* du 5 juillet 1988 (269/86, Rec. p. 3627), point 18

458. Sous l'angle du droit pénal suisse, l'article 305 bis du Code pénal dispose que se rend coupable de blanchiment celui qui aura commis un acte propre à entraver l'identification de l'origine, la découverte ou la confiscation de valeurs patrimoniales dont il savait ou devait présumer qu'elle provenait d'un crime. En prélevant la TVA sur la vente de produits stupéfiants sans en aviser les autorités pénales et en acceptant ainsi l'argent provenant d'une activité illicite, le fisc réalise les éléments objectifs de l'infraction de blanchiment[568]. Ainsi, quiconque accepte de l'argent sale en paiement de sa créance commet l'infraction. Mais, l'article 14 du Code pénal suisse autorise le prélèvement de la TVA sur les prestations indépendamment de leur caractère licite ou illicite. Le fisc suisse bénéficie de ce fait d'une autorisation expresse de la loi, qui constitue un fait justificatif en raison duquel le fisc suisse ne peut être poursuivi. Il reste tout de même contradictoire qu'une chose dite « hors du commerce » sous l'angle civil et pénal, puisse néanmoins être taxable sous l'angle fiscal. Aussi convient-il de considérer, comme le fait Daniel Stoll, que les activités illicites sont des non-activités. Ce qui suppose une confiscation systématique du chiffre d'affaires et non pas du seul bénéfice.

Ce cas de la jurisprudence suisse a le mérite d'apporter des précisions sur les contours du blanchiment. Ainsi, le conflit entre le traitement fiscal du blanchiment et celui du droit pénal suisse montre qu'il y a deux types de patrimoines. Un patrimoine licite et un autre dit illicite. Ce dernier n'est considéré comme tel que dans la mesure où il est issu d'une activité qui est elle-même illégale. La Cour de justice européenne pose qu'une telle activité ne peut faire concurrence à une activité licite. Le Code pénal suisse considère les activités illicites comme des non-activités. Toutes les activités, ainsi que leurs produits, taxables ou non doivent se situer à l'intérieur d'un cadre légal ou ne faisant pas l'objet d'une interdiction. Partant, il peut paraître pertinent de conclure que le blanchiment désigne l'ensemble des techniques permettant de transférer les produits issus d'une activité situé en dehors du cadre légal vers un système jouissant de l'autorisation légale. La discussion de Daniel Stoll porte, entre autre, sur les bénéfices. En d'autres termes, l'enrichissement d'un patrimoine peut être le résultat de fonds provenant d'une activité illicite. Blanchir c'est donc enrichir un patrimoine avec des fonds ayant emprunté un circuit prohibé. Le blanchiment reste donc une technique de transfert, un processus de mise en mouvement des fonds d'un patrimoine illégal à un autre qui lui est légal.

458. Dans sa fiche technique de septembre 2005, le FMI pose d'ailleurs que le blanchiment est un processus par lequel des actifs obtenus ou produits par une activité illégale sont déplacés ou dissimulés pour masquer leur lien avec un délit. L'article 6 de la *Convention des Nations Unies*

---

[568]Daniel Stoll, *l'argent n'a-t-il vraiment pas d'odeur en matière fiscale ?* In *La lutte contre la criminalité économique : réponses interdisciplinaires à un défi global,* l'Harmattan, Paris 2010

contre la criminalité transnationale organisée définit l'infraction de blanchiment comme *« la conversion ou le transfert de biens dont celui qui s'y livre sait qu'ils sont le produit du crime, dans le but de dissimuler ou de déguiser l'origine illicite desdits biens ou d'aider toute personne qui est impliquée dans la commission de l'infraction principale à échapper aux conséquences juridiques de ses actes* ». Le même article rajoute qu'est considéré comme blanchiment « *la dissimulation ou le déguisement de la nature véritable, de l'origine, de l'emplacement, de la disposition, du mouvement ou de la propriété de biens ou de droits y relatifs dont l'auteur sait qu'ils sont le produit du crime* ». Il apparaît ainsi que le blanchiment est un crime dérivé, inscrit dans l'idée d'un mouvement des produits du crime, d'un patrimoine d'origine, lui-même victime d'une infraction ou résultat d'une autre infraction, vers un patrimoine de destination ou d'affectation qui, lui, est déjà dans la masse des patrimoines reconnus par la loi.

459. Les criminels utilisent différentes voies et méthodes pour déplacer des fonds là où ils sentent qu'ils pourront être en plus grande sécurité pour en bénéficier le moment venu. Le GAFI et les organismes régionaux spécialisés dans la lutte contre le blanchiment ont répertorié un certain nombre de typologies et de méthodes de blanchiment d'argent. Bien que ces répertoires ne soient pas exhaustifs, ils ont ceci de commun qu'ils présentent le blanchiment comme un ensemble de « techniques » de transfert ou de conversion dont le but est de dissimuler ou de déguiser l'origine criminelle des produits. Ce qui implique que dans l'analyse de l'infraction de blanchiment, il convient de distinguer la substance de la technique. La substance est l'élément patrimonial devant faire l'objet du transfert ou de la dissimulation. La substance est l'argent, à transférer ou à dissimuler, sur lequel s'appréhende l'élément criminel visé par l'infraction de blanchiment. La nature criminelle de cet argent à transférer ou à dissimuler tient à ce qu'il a été pris ou reçu dans des circonstances qui sont elles-mêmes criminelles, interdites par la loi.

460. Les réflexions sur les fraudes concernant les valeurs mobilières ont le plus souvent été envisagées sous les seuls aspects des quantités et de la vitesse de leur circulation. C'est d'ailleurs ces aspects qui ont conduit à la détermination de seuils participant à la réglementation de certaines transactions. Cependant, les montages suivant lesquels ces valeurs mobilières sont conçues, intéressent encore faiblement les professionnels de la lutte contre la fraude, notamment sur les marchés de gré-à-gré. Ainsi, la traçabilité des fonds utilisés dans ces montages font rarement l'objet d'exigences réglementaires. Les valeurs mobilières sont des produits grâce auxquels des personnes et entités peuvent accéder au système financier. Cet accès offre bien des opportunités pour les criminels. Ce qui implique que suivant qu'une économie reconnaisse ou non un régime juridique aux valeurs mobilières, le blanchiment par la voie des marchés financiers peut être complètement ignoré.

Alors que l'économie réelle a fait l'objet d'une réglementation relative à la LAB/FT, l'industrie des valeurs mobilières a très peu attiré l'attention des autorités publiques. Par exemple, elles ne font pas partie des activités concernées par les recommandations du GAFI.

Dans la plupart des économies où ces instruments ne sont pas considérés comme des titres par la loi, ils sont généralement considérés comme des «instruments financiers» ou «dérivés». Les valeurs mobilières peuvent être utilisées dans les étapes du blanchiment d'argent, même si ces instruments semblaient, pour l'imagination collective, difficilement utilisables dans les montages criminels. Mais, les scandales financiers ont fini par convaincre de la vulnérabilité de ces instruments. La complexité et la réglementation de certains produits financiers ne sont plus les remparts que d'antan l'on érigeait contre les fraudes.

461. La dématérialisation des titres financiers a, un temps, contribué à la croyance de l'impossibilité d'utiliser les valeurs mobilières dans les processus de blanchiment de capitaux. Cependant, les titres physiques et au porteur sont encore disponibles dans de nombreuses économies. L'anonymat et la « transférabilité » facile de ces titres montrent qu'ils peuvent aisément être utilisés dans les processus de blanchiment. Les bénéficiaires de titres au porteur peuvent les déposer dans des comptes de courtage pour acheter d'autres actifs ou être utilisés pour dissimuler l'identité du véritable bénéficiaire.

De nombreux investisseurs sont souvent des sociétés ayant une activité légitime. Cependant, certaines sociétés écrans peuvent déposer des titres auprès d'intermédiaires en valeurs mobilières. Ces titres vont être négociés, non pas sur des marchés réglementés, mais sur des marchés de gré à gré. Les criminels peuvent investir leurs avoirs dans des sociétés préparant une entrée en bourse. Une fois que celle-ci est faite, le criminel revend sa participation, donnant ainsi aux fonds l'apparence de provenir d'une transaction légitime sur les valeurs mobilières.

L'un des participants les plus actifs sur le marché des valeurs mobilières est le courtier en valeurs mobilières. Un courtier agit généralement en qualité d'agence pour un investisseur, et entre les marchés de valeurs mobilières pour le compte d'un investisseur d'acheter ou de vendre un titre. Le courtier contribue à fournir des liquidités au marché. Les clients du courtier peuvent être des établissements bancaires soumis à la LAB/FT. Aussi, les comptes de tiers de la clientèle d'un établissement bancaire sont souvent considérés comme ne présentant aucun risque de blanchiment. Le courtier peut ainsi servir d'intermédiaire entre un investissement criminel et un établissement bancaire, sans pour autant que les comptes de tiers de l'établissement bancaire fassent l'objet d'un quelconque soupçon, du fait d'une présomption de sûreté.

II. Subjectivité des indices

La subjectivité des indices en matière de LAB/FT tient au fait que les déclarations de soupçon faites par le *Compliance officer* reposent sur les doutes de ce dernier, notamment dans le cadre de la gestion de la relation d'affaire (1) concernant les questions relatives à la corruption. Cette subjectivité des indices a justifié la recherche d'une méthode qui soit plus efficace dans le traitement du flux d'information que doit traiter le *Compliance officer.* Aussi, l'approche par les risques (2) a été posée comme une méthode de travail, mais ne constitue pas un paradigme à même de jeter les bases d'une culture anti criminelle dans la lutte anti blanchiment.

1. La corruption de la relation d'affaires

462. Lors de nos observations faites au sein d'une banque d'investissement, nous avons pu noter que la décision d'investissement, lorsqu'elle n'était pas retenue pouvait donner lieu à une déclaration de soupçon selon le degré d'engagement avec la relation d'affaires[569]. En effet, le refus d'engager une relation d'affaires avec une personne suspecte ou d'effectuer une opération suspecte ne dispense pas de faire une déclaration de soupçon. Certains auteurs soutiennent même que rompre une relation d'affaires suspecte sans faire de déclaration de soupçon rend inefficace le dispositif de lutte anti blanchiment, puisqu'il s'agit du non respect d'une obligation légale.

Il peut paraître précipité de conclure que la non déclaration de soupçon à la suite de la rupture d'une relation d'affaire puisse contribuer défavorablement à l'efficacité du dispositif. L'idée implicite est qu'une rupture de relation non déclarée, est une potentielle affaire de blanchiment non déclarée. Or, toute rupture sur la base du soupçon de blanchiment valide bien l'insuffisance du doute. C'est précisément parce que les indices d'un possible blanchiment sont peu significatifs qu'ils ne donnent pas lieu à une déclaration de soupçon. Bien entendu, il n'est pas attendu des établissements financiers qu'ils rapportent la preuve du blanchiment, il leur est simplement demandé d'en avoir la suspicion, le doute. Faire systématiquement une déclaration à la suite d'une rupture de relation d'affaires, plutôt que de rendre efficace la lutte anti blanchiment contribue à l'affaiblir. D'abord parce que les ruptures des relations d'affaires peuvent avoir des motifs autre que le seul blanchiment, ensuite parce que la déclaration systématique augmente les cas devant être traités par la cellule de renseignement financier. Retardant d'autant les procédures d'enquêtes sur les déclarations suscitant un véritable doute.

463. Lorsque la relation d'affaires éveille des soupçons de corruption, il arrive souvent que les services LAB prennent des décisions contraires à une opportunité d'investissement, suscitant les critiques, non moins légitimes, des autres services. En fait, des personnes soupçonnées de

[569] Article L. 562-2 du Code monétaire et financier

corruption sont quelques fois parties prenantes à un projet d'investissement. En réaction à ce passif douteux, il n'est pas rare que les services LAB conseillent de rompre la relation. Il devient alors indispensable de savoir dans quelle mesure la corruption doit pouvoir justifiée de la rupture d'une relation d'affaires, tant le soupçon de corruption est devenu un reflexe se manifestant par la rupture de la relation d'affaire, à défaut d'une déclaration de soupçon. Les banques de financement sont celles qui sont le plus souvent confrontées à cette problématique, en raison de la présence dans des projets d'investissement à l'étranger de personnalité ayant fait l'objet d'une condamnation ou de rumeurs de corruption (les PPE).

464. Dans le cas où le doute d'une potentielle relation de corruption ne serait qu'à l'état de rumeur, il paraît judicieux de rompre la relation d'affaire, puisque le risque n'est pas maîtrisé. En effet, même en admettant que la rumeur ne soit pas fondée le risque demeure, à la fois dans la réputation et dans la sanction réglementaire ou pénale. Dans le cas où les faits de corruption sont avérés, la décision dépendra alors de la décision de jugement. Si celle-ci n'a pas encore été rendue, il conviendra de rompre la relation, en raison de la non-extinction d'un risque évident.
La question est plus délicate lorsque le jugement a déjà été rendu, notamment si la relation d'affaire a déjà exécuté sa condamnation. Bien souvent, en découvrant un tel fait dans le passé de la relation d'affaires, les services LAB ont tendance à rompre la relation alors même que la peine a déjà été exécutée. Les *complice officer* posent ainsi le doute non plus sur l'origine des sommes d'argent, mais sur le passif de la relation d'affaire et sa probité à venir. On peut comprendre qu'il soit craint une remise en contexte de la relation d'affaire, mais on peut tout aussi légitimement se demander en vertu de quel principe la lutte contre blanchiment ne ferait pas œuvre de rédemption. La relation d'affaires ayant déjà exécuté sa peine, il paraît judicieux de la placer sous surveillance. Quant à en arriver à une rupture de la relation en raison d'une condamnation passée déjà exécutée, il nous paraît difficile de justifier une telle décision, si ce n'est que la subjectivité prévalant dans les décisions du *Compliance officer* privilégie la précaution visant à prévenir la réputation de l'institution financière.

2. L'approche par les risques

465. La loi demande de renforcer les mesures liées à l'identification et à la collecte d'informations sur la nature et l'objet de la relation d'affaires. Aussi a-t-il été mis en place des passerelles entre les différents niveaux de vigilance. Pour prendre en compte ces obligations, le professionnel met en œuvre une méthodologie dite d'approche par les risques[570], portant sur le

[570] Articles L. 561-32 et L. 561-10-2.-I de l'Ordonnance du 30 janvier 2009

client, le produit et la transaction. La classification par les risques doit prendre en compte la diversité des métiers concernés.

466. En fonction de la volumétrie des activités, des systèmes de notation automatisés orientent les clients et les transactions vers des processus et des traitements proportionnés au risque. En effet, pour être complète, l'approche par les risques doit pouvoir permettre la publication de règles précises sur l'intensité de l'identification[571] et du recueil des informations sur la nature et l'objet de la relation d'affaires[572]. L'approche doit également préciser le niveau hiérarchique d'acceptation du client ou de la transaction, ainsi que les seuils variables de surveillance des transactions et la fréquence d'actualisation des données clients. L'analyse de certains événements et la mesure « ex post » de la vulnérabilité éventuelle des différents secteurs d'activité de l'établissement financier doivent aussi conduire à ajuster rétroactivement la méthodologie d'approche par les risques, en considération du risque avéré.

Il faut dire que les volumes traités par les banques ne permettaient pas, avant l'adoption de l'approche par les risques, d'effectuer un contrôle exhaustif de toutes les opérations. Ce qui a incité les établissements à procéder par échantillonnage. En outre, certaines personnes physiques ou morales présentant, par leurs caractéristiques inhérentes, des niveaux de risques élevés, il a fallu qu'elles fassent l'objet de contrôles supplémentaires. Cette nouvelle méthodologie a réorienté la lutte de telle sorte que les efforts des collaborateurs et de leurs outils soient d'abord dirigés vers les risques les plus élevés, ce dans le but de démontrer également que l'entreprise a une bonne visibilité sur les risques qu'elle encourt.

467. L'approche par les risques fut d'abord inscrite dans les lois anti-blanchiment suisses dès 2002. Ensuite, le Groupe Wolfsberg formalisa un document sur la mise en place de l'approche par les risques qui fut ensuite reprise par le GAFI. En octobre 2005, la troisième Directive européenne sur la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme finit par intégrer l'approche par les risques. En principe, chaque année, le responsable de la lutte anti-blanchiment doit formaliser une cartographie des risques de blanchiment et de financement du terrorisme de son établissement. Il doit ainsi présenter ce qui différencie son établissement des autres au regard de certaines caractéristiques intrinsèques de son établissement, de sorte que cette cartographie puisse participer à la définition du programme de contrôle. Au-delà de l'obligation légale, l'approche par les risques permet de porter l'attention sur des clients réputés risqués.

468. Lorsqu'un gestionnaire visualise son portefeuille client, il doit pouvoir identifier rapidement le niveau de risque du client. En outre, cette approche doit permettre d'alléger la

[571] Article L. 561-5 de l'ordonnance du 30 janvier 2009

[572] Article L. 561-6 de l'ordonnance du 30 janvier 2009

quantité des contrôles à effectuer, même si ce n'est pas encore le cas dans un grand nombre d'établissements. Dans le *Bank Secrecy Act* des Américains, le *Customer identification program* vise à fournir à la banque une connaissance précise de l'identité de chacun de ses clients. Ce programme d'identification des clients inclut les procédures d'ouverture de compte précisant la nature des documents qui « justifient » une identité pour chaque type de client. Ce programme d'identification s'appuie également sur une approche par les risques, ce qui signifie que pour des clients à risques accrus ou pour des configurations difficiles, l'identification relève d'un travail plus approfondi.

469. Durant notre période d'observation dans une banque ayant une activité de détail, les opérationnels, les commerciaux et chargés de clientèle, assimilaient le service LAB à la question de l'identité des clients. Il nous apparut d'ailleurs que cette assimilation était courante dans de nombreux groupes bancaires. En fait, l'une des questions à l'occasion de laquelle les commerciaux interrogent le service LAB consiste dans la complétude des documents à fournir lors d'une entrée en relation.

Par ailleurs, pendant cette même période d'observation, l'attention du service LAB fut portée sur la justification des ressources d'une catégorie de la clientèle. Ce segment, mis sous surveillance, procédait à de nombreux dépôts d'espèces qu'il justifiait par la vente de métaux, le cuivre. La banque constata alors qu'il existait un flou juridique quant aux documents devant servir à l'identification de cette catégorie de sa clientèle. Les travaux qui furent menés au sein de la banque, afin d'identifier plus efficacement cette clientèle, furent repris, un trimestre plus tard, par les médias et la compagnie des chemins de fer qui alertèrent l'opinion sur le vol de câbles sur les voies de trains. L'enquête judiciaire qui suivit s'intéressa elle aussi à la question de l'identification des personnes soupçonnées d'être les auteurs desdits vols. Finalement, au-delà des vols dont était victime la compagnie des chemins de fer, il se posa une question encore plus profonde à travers l'identification de la clientèle, celle de la dignité d'un groupe de personnes.

Le service LAB qui insistait sur l'identification de la clientèle fut ainsi en avance sur une question qui allait agiter la collectivité des semaines durant. Quoique la subjectivité soit dominante dans le travail des *Compliance officers,* il est cependant des questions pour lesquelles le traitement de l'information ne se limite plus à retracer le circuit des sommes d'argent, mais intéressent des sujets qui peuvent plus profondément affecter la quiétude de la collectivité. Mais, ces considérations sociales ne doivent pas éloigner de l'objet du blanchiment d'argent entrant dans la définition de l'*intégrité financière* : la monnaie et les obligations monétaires. La notion d'intégrité financière pose la criminalité financière comme la protection de la circulation légitime des objets et des signes monétaires. Dans ce cadre, le principe de légalité criminelle, combiné à la

méthode de l'approche par les risques peut aider à prévenir le risque de blanchiment. A ce titre, il convient préalablement de faire un distinguo entre le risque de blanchiment et les risques dits pénaux. Au sein de ceux-ci, la responsabilité pénale du chef d'entreprise doit être exclue des risques pénaux à envisager dans le cadre de la lutte contre le blanchiment des capitaux. En effet, au sein des institutions financières, l'approche par les risques tient compte de la nature de l'activité et de l'apparente turbulence de l'environnement pour qualifier le risque de blanchiment. Ce dernier pourrait être affiné et permettre d'établir une table catégorielle des risques de blanchiment en fonction des profils de la clientèle. Pour ce faire, il convient dans un premier temps de se rappeler que l'intérêt de l'infraction de blanchiment est de permettre de rattraper les infractions d'origine en en veillant à la stricte circulation légitime de la monnaie. Ce qui intéresse directement le *Compliance officer* ce sont d'abord les atteintes portées à la seule circulation de la monnaie. Or, plus ces atteintes sont sophistiquées, plus elles sont difficilement détectables. Aussi, une méthode de détection pourrait consister à établir préalablement une table des risques catégoriels en calculant l'espérance de gain propre à une catégorie socioprofessionnelle, dans le cas elle commettrait une infraction portant atteinte à la circulation de la monnaie. Ce qui signifie que plus en amont, il soit identifié les différentes infractions susceptibles d'être commises, suivant le profil de la clientèle et de poser une équation propre à l'économie criminelle, déjà exposée par Gilles Duteil[573]. L'intégration d'une telle équation dans l'approche par les risques pourrait ainsi contribuer à meilleure prévention des risques de blanchiment en renforçant les mesures de surveillance sur la clientèle pour laquelle l'espérance de gain serait élevée par rapport à un faible niveau de risque d'être arrêté.

Section 2. Spécificités monétaires du blanchiment

La monnaie est l'objet principal organisant la LAB. Cette prépondérance de la monnaie ou plutôt de l'argent se traduit par les spécificités monétaires des assujettis à la LAB (I). Mais la prise en compte de la monnaie, notamment dans sa dimension circulatoire est encore perfectible. Le fait est que de nombreuses juridictions ne tiennent pas systématiquement compte des spécificités monétaires des infractions sous-jacentes au blanchiment (II).

I. Spécificités monétaires des assujettis

Du fait de la prépondérance de la monnaie dans les transactions incriminées par le blanchiment, on peut regrouper les assujettis à la LAB en deux catégories : les assujettis légaux (1) et les assujettis tacites (2).

[573] $E(G) > R \times p$ où : E(G), l'espérance de gains ; R, le risque pénal encouru, exprimé en années de prison ; p, la probabilité d'être arrêté

1. Les assujettis légaux

470. Les professionnels, proprement assujettis aux obligations de LAB/FT dans le système juridique français, sont les établissements du secteur bancaire figurant au titre Ier du livre V du Code monétaire et financier, y compris les intermédiaires en opération de banque[574]. Les intermédiaires en opération de banque sont ceux qui « *à titre de profession habituelle, mettent en rapport les parties intéressées à la conclusion d'une opération de banque, sans se porter ducroire* ». Sont également assujettis, les établissements de paiement autre que les établissements de crédit qui fournissent à titre de profession habituelle des services de paiement[575].

La liste des personnes assujetties comprend également les institutions de prévoyance, c'est-à-dire les mutuelles pratiquant des opérations d'assurance, de réassurance et de capitalisation. Les institutions d'émission des départements d'outre-mer et l'institut d'émission d'outre-mer sont eux aussi soumis aux obligations de LAB/FT. Certaines professions financières, les changeurs manuels, les professionnels de l'immobilier sont au même titre que les représentants légaux et directeurs responsables de casinos et les groupements, cercles et sociétés organisant des jeux de hasard, des loteries, des paris, des pronostics sportifs ou hippiques, assujettis aux obligations de déclaration de soupçon.

471. D'autres professionnels sont encore soumis à l'obligation de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme. Ce sont, notamment, les personnes se livrant habituellement au commerce ou organisant la vente de pierres précieuses, de matériaux précieux, d'antiquités et d'œuvres d'art. Il faut ajouter à cette énumération : les entreprises exerçant toute activité de mise à disposition ou de gestion de moyens de paiement et bénéficiant d'une exemption d'agrément par le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, les experts-comptables, les salariés autorisés à exercer la profession d'expert-comptable, les commissaires aux comptes, certaines professions juridiques, tels qu'indiquées à l'article L.561-3 du Code monétaire et financier, les sociétés de ventes volontaires de meubles aux enchères publiques, les personnes exerçant l'activité de domiciliation de sociétés exercée dans un local à usage d'habitation principale ou à usage mixte professionnel.

Cette liste des personnes assujetties à la lutte contre le blanchiment et le financement du terroriste, bien que loin d'être exhaustive, révèle deux traits caractéristiques ayant conduit à la sélection de ces assujettis. Dans un premier temps, on peut observer que les professions assujetties sont celles qui participent directement ou indirectement à la gestion ou la circulation de sommes d'argent, c'est principalement le cas des établissements du secteur bancaire figurant

[574] Article L. 561-2.-1° du Code monétaire et financier
[575] Article L. 314-1 du Code monétaire et financier

au titre 1er du livre V du Code monétaire et financier. C'est aussi le cas de tous les professionnels visés à l'article L. 314-1 du même Code. Dans cette catégorie de personnes assujetties, on dénombre aussi les personnes faisant office d'intermédiaire dans la gestion ou la circulation des sommes d'argent, c'est ce qui explique la présence des compagnies d'assurance, des agences immobilières et autres changeurs manuels. Les techniques de blanchiment sont telles qu'elles ont conduit à retenir dans la liste des assujettis toutes les professions dont l'activité se prête aisément aux techniques de blanchiment, les commerçants de pierres précieuses, d'antiquités ou d'œuvres d'art et les sociétés de vente volontaire aux enchères publiques.

472. La Banque de France, en raison de son rôle éminent dans la circulation de la monnaie[576], est également assujettie aux obligations de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme[577]. Cette observation, qui de prime abord peut paraître d'une évidence implacable, suscite néanmoins quelques interrogations concernant le régime de sanctions applicables à certains organismes. D'abord, au titre de ses missions, on peut relever que la Banque de France participe, entre autres, à la supervision du secteur financier : *«la Banque de France surveille, pour le compte de l'Autorité de contrôle prudentiel, les établissements de crédit, les entreprises d'assurances et les mutuelles afin de protéger les clients et les assurés, et de garantir la stabilité financière[578] »*. Dans le cadre de ses missions de surveillance, il est indiqué que les missions de la Banque de France consiste à : *« s'assurer de la sécurité des moyens de paiement scripturaux et de la pertinence des normes applicables en la matière, de veiller au bon fonctionnement et à la sécurité des systèmes de paiement, de veiller à la sécurité des systèmes de compensation, de règlement et de livraison des instruments financiers… »*.

Par ailleurs, lorsqu'il est question de considérer les sanctions dont est passible la Banque de France, on constate que seules les violations du secret professionnel peuvent faire l'objet d'une sanction[579]. On peut observer que l'Autorité de contrôle prudentiel, qui est l'organisme en charge du contrôle de la mise en œuvre du dispositif de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme, fait partie de l'organigramme de la Banque de France. Ce qui revient à dire que la

[576] Articles L141-1 à L141-6 et Articles L141-7 à L141-9 du Code monétaire et financier

[577] Michel Beaussier, Henri Quintard, *Blanchiment de capitaux et Financement du terrorisme « analyse et mise n œuvre pratique de la troisième directive européenne »* REVUE BANQUE édition, Paris 2010, p. 39

[578]http://www.banque-france.fr/la-banque-de-france/missions/missions-et-activites-de-la-banque-de-france.html (consulté le 17 juin 2013 à 13h 09)

[579] Chapitre IV : Infractions concernant la Banque de France, Article L164-1, Modifié par LOI n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 173 : « Est puni des peines prévues à l'article 226-13 du code pénal, le fait, pour les membres du conseil général, de violer le secret professionnel institué à l'article L. 142-3, sous réserve des dérogations prévues à l'article 226-14 du code pénal. » ; Article L164-2 : « Est puni des peines prévues à l'article 226-13 du code pénal, le fait, pour tout agent de la Banque de France, de violer le secret professionnel institué au premier alinéa de l'article L. 142-9, sous réserve des dérogations prévues à l'article 226-14 du code pénal. »

Banque de France supervise la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme. Ainsi, l'assujettissement de la Banque de France, quoique légal, revêt une apparence formelle, puisqu'il signifie, en réalité, que la Banque de France participe à la supervision des établissements de crédit en matière de LAB/FT. Comment imaginer alors que le superviseur puisse lui-même se sanctionner ?

473. L'état actuel de la réglementation permet de se demander s'il est pertinent que certaines institutions de l'État soient assujetties à la LAB/FT. En effet, certains organismes publics sont, du fait de la nature de leur activité, assujettis à la LAB/FT. Mais, l'importance et l'intérêt stratégique de ces organismes dans la mise en œuvre des politiques économiques du Gouvernement français sont tels qu'il devient nécessaire de se demander jusqu'où pourrait aller l'Autorité de contrôle prudentiel, quant au régime de sanctions à appliquer à ces organismes. L'Autorité de contrôle prudentiel pourrait-elle sanctionner la toute récente Banque publique d'investissement ? La question revêt d'autant plus d'intérêt que la Banque de France étant assujettie à la LAB/FT semble pourtant hors de porter du régime de sanction de l'ACPR[580]. Par ailleurs, on peut observer qu'en interrogeant la portée des sanctions de l'ACPR, il apparaît qu'en réalité toutes les personnes ou entités participant directement ou indirectement à la circulation de la monnaie sont intéressées par la LAB/FT.

2. Les assujettis tacites

474. Les personnes physiques ou morales assujetties à la LAB sont celles qui dans le cadre de leur activité normale, peuvent ou ont besoin d'identifier leur relation d'affaires. L'identification de la relation d'affaire participe pleinement à la traçabilité des sommes d'argent. Il s'agit, en relevant l'identité de la relation d'affaire, d'être capable de reconstituer le circuit emprunté ou parcouru par les sommes d'argent en jeu. On peut remarquer que tous les agents économiques auraient pu, expressément, être assujettis à la LAB/FT si dans le cadre de leurs activités économiques ils avaient la possibilité de relever systématiquement l'identité de leurs relations d'affaires. Il ressort donc que la possibilité d'identifier la relation d'affaire a pu être l'un des critères ayant conduit à la sélection des personnes assujetties à la LAB/FT. Ces personnes ont en commun de participer directement ou indirectement à la gestion ou la circulation de sommes d'argent.

[580] Créée par l'ordonnance du 21 janvier 2010 et installée en mars 2010, l'ACP, devenue ACPR par la loi de séparation et de régulation des activités bancaires, est issue du rapprochement entre les autorités d'agrément (CEA -Comité des entreprises d'assurance- et CECEI -Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement-) et de contrôle (Commission bancaire et ACAM -Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles-) des secteurs de la banque et de l'assurance .

475. Des dispositions du Code monétaire et financier posent que « *les personnes physiques ou morales qui exercent, en lien direct avec leur activité principale, une activité financière accessoire (...) et qui présente peu de risques de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme sont exemptées des obligations* » de vigilance et des obligations déclaratives, et même de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme[581]. C'est en ces termes que les activités de change manuel et d'intermédiation en assurance sont exclues de la lutte contre le blanchiment, lorsqu'elles portent sur des sommes inférieures à certains seuils.

A contrario, « *les personnes qui dans l'exercice de leur profession, réalisent, contrôlent ou conseillent des opérations entraînant des mouvements de capitaux, sont tenues de déclarer au procureur de la République les opérations dont elles ont connaissance et qui portent sur des sommes qu'elles savent provenir* d'une infraction[582] ». C'est dans cette autre formulation que certaines professions sont assujetties à la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme. De même, les personnes, autres que celles soumises au dispositif de prévention contre le blanchiment et le financement du terrorisme, qui dans l'exercice de leur profession, savent que des opérations financières portent sur des sommes provenant d'une infraction passible de plus d'un an de prison, sont tenues de déclarer au procureur de la République qui en informe alors le service TRACFIN[583].

Il s'agit là d'une appréhension résiduelle des professions non expressément assujetties à la LAB/FT, mais qui peuvent néanmoins être confrontées à des opérations de blanchiment et en répondre pénalement. On en déduit que toutes les professions participant à des mouvements de capitaux sont susceptibles d'être utilisées à des fins de financement du terrorisme et de blanchiment de capitaux. Elles font d'ailleurs l'objet de surveillance de la part de la Sous-direction anti-terroriste (SDAT)[584]. Concernant les structures professionnelles du chiffre et du droit dotées de la personnalité morale, qui échappent à l'ensemble des obligations de vigilance et de déclaration de soupçons, elles doivent néanmoins procéder à ces déclarations auprès du procureur de la République du domicile professionnel du déclarant. Ces personnes ne peuvent faire l'objet de poursuites, ni pénalement, ni disciplinairement, lorsqu'elles sont soumises à une autorité de régulation, s'il est établi qu'elles ont procédé de bonne foi à une déclaration de soupçon.

---

[581] Article L.561-4 du Code monétaire et financier

[582] Article L. 561-2 du Code monétaire et financier

[583] Article L. 561-1 du Code monétaire et financier

[584] La SDAT est un service français dépendant de la centrale de la police judiciaire, dédié à la lutte contre le terrorisme.

II. Spécificités monétaires des infractions sous-jacentes

C'est dans l'optique de définir les infractions sous-jacentes que le GAFI a proposé une méthode aidant à déterminer les infractions sous-jacentes. Cependant, le critère de seuil ainsi présenté a de nombreuses faiblesses (1). Ces dernières peuvent toutefois être dépassées en se recentrant sur l'intérêt de la conséquence monétaire (2) des infractions incriminées par le blanchiment.

1. Limite du critère de seuil

477. On distingue généralement les infractions de moyen et les infractions de conséquence. Les infractions de moyen ont pour objet de permettre à leur auteur de bénéficier frauduleusement d'avantages. Tandis que les infractions de conséquence sont des infractions consécutives à d'autres infractions, ces dernières étant elles-mêmes qualifiées de délit ou de crime et susceptibles d'être sanctionnées pénalement. Cette notion d'infraction de conséquence ressort d'ailleurs de la note interprétative de la recommandation 3 du GAFI relative à la notion de blanchiment de capitaux sous la désignation d'infraction « sous-jacente ». D'après le GAFI, « *l'infraction de blanchiment de capitaux devrait s'appliquer à tous les types de biens qui, indépendamment de leur valeur, représentent directement ou indirectement le produit du crime* ».

478. Selon la convention de Varsovie[585], le blanchiment de capitaux consiste en « *la conversion ou le transfert de biens dont celui qui s'y livre sait que ces biens constituent des produits, dans le but de dissimuler ou de déguiser l'origine illicite desdits biens ou d'aider toute personne qui est impliquée dans la commission de l'infraction principale à échapper aux conséquences juridiques de ses actes* ». Le blanchiment c'est aussi « *la dissimulation ou le déguisement de la nature, de l'origine, de l'emplacement, de la disposition, du mouvement ou de la propriété réels de biens ou des droits qui y sont relatifs, dont l'auteur sait que ces biens constituent des produits* ». Le blanchiment est également « *l'acquisition, la détention ou l'utilisation de biens, dont celui qui les acquiert les détient ou les utilise, sait, au moment où il les reçoit, qu'ils constituent des produits* ». Enfin, le blanchiment consiste en « *la participation à l'une des infractions établies conformément au présent article ou à toute association, entente, tentative ou complicité par fourniture d'une assistance, d'une aide ou de conseils en vue de sa commission* ».

[585] Conseil de l'Europe - 2005

479. Ainsi défini, lutter contre le blanchiment revient à combattre le crime[586] en découvrant les techniques de transfert des produits. Les criminels acquièrent des sommes considérables grâce à leurs activités illégales. Ils ne peuvent pourtant pas profiter de cet argent sans prendre le risque d'être reliés au crime qui a généré le revenu. Le blanchiment repose donc sur l'idée de faire disparaître les traces de l'origine criminelle de l'argent et de conférer une légalité apparente à l'argent. Cette appréhension très opérationnelle de la notion de blanchiment n'est pourtant pas sans susciter un certain nombre d'interrogations.

En admettant que le lien entre une somme d'argent et un crime soit établi, cet argent continuera-t-il d'avoir cours légal ? Peut-il encore être introduit dans le circuit économique légal ? Pourra-t-il encore éteindre des dettes ? Puisque le blanchiment a vocation à combattre le crime, quid des crimes ne générant aucun flux financier ? On peut se résoudre à dire que le blanchiment n'a vocation à combattre que les crimes financiers ou économiques. Dès lors, quel est la caractéristique principale des crimes financiers ? S'agit-il simplement des crimes liés à l'argent ?

480. Dans ses quarante recommandations révisées en 2003, le GAFI indique que « *les pays devraient appliquer l'infraction de blanchiment de capitaux à toutes les infractions graves, afin de couvrir la gamme la plus large possible d'infractions sous-jacentes. Les infractions sous-jacentes peuvent être définies par rapport à l'ensemble des infractions, ou par rapport à un seuil lié soit à une catégorie d'infractions graves, soit à la peine privative de liberté dont est passible l'infraction sous-jacente (*méthode du seuil*), ou par rapport à une liste d'infractions sous-jacentes ou par rapport à une combinaison de ces méthodes* ». Les critères proposés par le GAFI à l'aune desquels les infractions sous-jacentes doivent être définies, montrent bien que celles-ci peuvent varier d'un système juridique à un autre puisque suivant le seuil, ce qui est une infraction passible d'emprisonnement dans une juridiction peut n'être qu'une contravention dans une autre, voire même ne constitue pas une transgression. La méthode de seuil est donc insuffisante à caractériser l'ensemble des infractions sous-jacentes. Quel est alors le lien ou le point commun entre ces infractions sous-jacentes qui pourraient transcender à la fois les systèmes juridiques et les seuils ?

2. Détermination des infractions sous-jacentes

481. Le blanchiment est une technique de transfert de sommes d'argent d'un patrimoine à un autre. Cette technique n'est une infraction qu'à cause du fait que les sommes ainsi transférées ont une origine criminelle. Le terme « blanchiment » désigne le passage d'une somme d'origine criminelle vers un patrimoine sain ou légal. La technique de transfert est caractérisée par trois

[586] Odilon Audouin, *guide opérationnel de lutte anti blanchiment dans la banque*, éditions AFGES, Paris 2007

étapes. La première étape du processus de blanchiment de capitaux est le placement. Il nécessite que certains dispositifs soient mis en place, afin que le lancement du cycle de blanchiment puisse avoir lieu. Certaines techniques sont alors utilisées afin de permettre l'introduction de l'argent sale dans les circuits financiers. La deuxième étape est celle dite de l'empilage. C'est le fait de réaliser diverses opérations financières ainsi que des montages financiers complexes faisant intervenir plusieurs agents économiques, afin que la trace de l'argent obtenu illégalement soit perdue. Enfin, dans l'étape dite de l'intégration, les capitaux blanchis sont utilisés dans des opérations financières licites.

482. En tant qu'incrimination, le blanchiment de capitaux n'est pas une infraction autonome puisque son existence suppose celle d'une autre. L'infraction de blanchiment réprime l'illégalisme qualifiant la source de la valeur patrimoniale blanchie. La répression du blanchiment vise, entre autres, à protéger les biens juridiques lésés par une infraction préalable. Certains auteurs ont fait remarquer que la définition des infractions en amont était un enjeu crucial de la politique criminelle[587].

483. Au niveau international, la Convention de Vienne de 1988[588] limitait les infractions sous-jacentes au blanchiment de capitaux aux infractions en matière de stupéfiants. La Convention n°141 du Conseil de L'Europe du 8 novembre 1990 relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et la confiscation des produits du crime est, quant à elle, venue viser les infractions graves de toute nature et laisse aux États le soin de délimiter le cercle des infractions sous-jacentes au blanchiment. Ceux-ci peuvent définir les infractions sous-jacentes de manière abstraite, en se référant à une catégorie d'infractions ou à la quotité de la peine privative de liberté ou même en établissant une liste d'infractions, quand les trois méthodes ne sont pas combinées.

484. Les recommandations du GAFI révisées en 2003, invitent les États à appliquer l'infraction de blanchiment des capitaux à toutes les infractions graves, notion non encore définie. Par ailleurs, le GAFI dresse une catégorie « d'infractions graves » dans le Glossaire des recommandations de 2003. Le Glossaire indique que les États peuvent définir ces infractions et les éléments qui en font des crimes selon les principes propres à leur droit interne. La Convention n°198 du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme, du 16 mai 2005 permet aux États de

[587] Ursula Cassani, *Le puzzle des infractions préalables au blanchiment : hasard ou système ?In* Lutte contre le blanchiment d'argent : pistes d'actions entre prévention et répression, L'Harmattan, Paris 2009

[588] Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiant et de substances psychotropes du 19 décembre 1988

limiter les infractions sous-jacentes à certaines catégories, mais fait également référence à liste d'infractions établie par le GAFI.

485. En France, l'article 324-1 du Code pénal dispose que le blanchiment est *« le fait de faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect. Constitue également un blanchiment le fait d'apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit* ». La définition des infractions sous-jacentes passent donc par la nature des *produits directs ou indirects* issus de l'infraction préalable au blanchiment.

Or, en admettant que les produits ainsi issus d'une infraction préalable fassent l'objet d'une introduction dans l'économie légale par divers procédés que ce soit, il serait plus pertinent de retenir la qualification de recel dès lors que ces produits seraient de nature corporelle ou incorporelle. La qualification de blanchiment ne devient opératoire que lorsque les produits issus du crime sont eux-mêmes de nature monétaire. Ainsi, les infractions sous-jacentes, préalables à l'infraction de blanchiment, sont celles qui par leur commission génèrent directement ou indirectement des sommes d'argent. Aussi, bien que la définition des infractions sous-jacentes soit un choix de politique criminelle, il n'en demeure pas moins que celles-ci ne sont retenues de façon pertinente que dès lors qu'elles génèrent une circulation de sommes d'argent dont il conviendra d'établir la traçabilité. Mais, comme le soutient Ursula Cassani, « *le hasard l'emporte encore trop souvent sur la réflexion dans la construction du puzzle des infractions préalables »,* alors que le point commun entre les infractions sous-jacentes réside dans le fait que celles-ci génèrent une circulation de monnaie, même sous forme de titres.

Conclusion titre 1

486. La réalité que désigne l'*intégrité financière* est saisissable par les outils du droit privé et pénal ainsi que par ceux de la gestion financière. L'intégrité financière est un concept ayant un régime juridique réglementant la protection de ses objets qui consistent en la circulation de la

monnaie et des obligations monétaires. Grâce à ses qualités opératoires, le concept d'intégrité financière peut notamment être utilisé dans la lutte contre la criminalité financière.
L'appropriation de la notion d'intégrité financière par les agents et les organisations s'investissant dans la lutte contre le crime impose que ces personnes soient d'abord convaincues de l'intérêt d'une telle notion, notamment dans l'utilité sociale qui est la sienne dans les grands thèmes de recherche relatifs au fonctionnement de la collectivité. Les qualités opératoires de la notion d'intégrité financière s'observent à l'occasion de l'organisation de la lutte contre le crime. Le crime financier a la particularité de miner la confiance, qui est indispensable pour les échanges économiques et le fonctionnement de la société en générale.

487. La définition du crime financier est rendue diverse et complexe du fait, d'une part, que les types de crimes financiers se complexifient au fur et à mesure qu'apparaissent de nouvelles technologies, et d'autre part, du fait que des pures illégalités en vertu des lois civiles ou commerciales en viennent à être juridiquement traitées comme des crimes. Les écueils à éviter dans la recherche d'une identification de la nature des crimes financiers sont l'uniformisation conceptuelle et le cloisonnement de l'analyse. L'étude des crimes financiers amène les chercheurs à décrire les facteurs et processus des actions criminelles. Ainsi, l'étude de la criminalité financière se fonde encore assez fréquemment sur des classifications socio-comportementales des auteurs des infractions. L'une des conséquences d'une telle perspective aura été le fractionnement et le cloisonnement de la criminalité financière en autant de champs qu'il y a de catégories de criminelles.

488. La perspective d'appréhension du crime financier, dite moraliste, consiste essentiellement en l'atteinte à la circulation de la monnaie et des obligations monétaires. Plutôt que de s'intéresser à l'auteur du crime, il s'agit de privilégier les conditions de la circulation monétaire et obligataire. Cette perspective se veut donc objectiviste en privilégiant la circulation de l'objet du crime financier et n'écarte pas pour autant l'étude des spécificités comportementales de l'auteur du crime. La perspective moraliste ne vient pas se substituer à la perspective légaliste, mais vient plutôt la simplifier en décloisonnant et en unifiant l'appréhension des disciplines étudiant la criminalité financière. Les autorités et même l'ensemble de la collectivité souhaitent désormais que les agents affectés à la lutte contre la criminalité financière aient une maîtrise complète de la chaîne du crime financier.

489. Les réflexes et la culture des disciplines relatives à l'étude des crimes financiers s'acquérant tout au long du processus d'apprentissage de ces disciplines, le décloisonnement de celles-ci et leur durée d'apprentissage peuvent être des facteurs favorisant l'homogénéisation des

corps de métiers combattant le crime financier, mais aussi l'occasion de la naissance d'une culture homogène caractéristique de la lutte contre le crime financier. L'enseignement du droit privé, de la comptabilité, de la fiscalité ou de la matière financière, dans le cadre de la criminalité financière, ne se ferait plus en vue de connaître les régimes particuliers de certaines opérations, mais plutôt dans l'optique de maîtriser les mécanismes de transfert de la monnaie et des obligations.

490. Poser la perspective moraliste comme mode d'appréhension de la criminalité financière implique qu'une telle perspective soit compatible avec les besoins de la recherche économique et juridique, notamment en ce qui concerne les conditions de la croissance ou du développement. Ce qui signifie que la notion d'intégrité financière doit pouvoir prendre les facteurs de la croissance, qui sont nécessaires au développement de la collectivité ou de l'intérêt général. Aussi, l'intégrité financière, entendue comme le régime protégeant la circulation de la monnaie et des obligations de sommes d'argent, doit impérativement être saisissable dans les problématiques de la recherche économique et sociale.

Mais la prise en compte de la littérature économique et financière ne délivre pas de définition de l'*intégrité financière*, tout au plus est-il question de l'*intégrité du système financier*. Celle-ci désigne alors la « protection de la destination ou de la finalité des marchés financiers et du secteur bancaire ». En ajustant les capacités aux besoins de financement, la finance joue un rôle central dans l'économie et s'appuie pour cela sur un ensemble d'institutions qui forment un système financier. La capacité de ce système à allouer des fonds et à assurer la liquidité et la négociabilité des titres constitue la stabilité financière. Mais, la stabilité n'indique pas que la destination des fonds en circulation correspond à l'origine et à la destination posées par les besoins de la collectivité.

491. Pour arriver à valider l'utilité sociale de l'intégrité financière, des observations empiriques ont permis de s'intéresser aux occurrences de l'association des mots *intégrité* et *financière* afin de voir dans quel contexte ce groupe de mot était utilisé par la communauté scientifique. Il apparaît que le groupe de mots ou la juxtaposition des mots *intégrité* et *financière* sont quasi inexistants. Cependant, l'absence de développements explicites et propres à une notion d'intégrité financière ne signifie pas que celle-ci n'est pas une valeur souhaitée ou posée par la collectivité ou la communauté des chercheurs en sciences juridiques et sociales. En fait, l'essentiel des préoccupations dites financières portent en réalité sur l'argent et sa circulation. Aussi bien les milieux culturels que scientifiques portent une attention particulière sur la circulation de la monnaie. Les enjeux portés par cette circulation ne sont pas complètement cernés dans la notion de stabilité financière, puisque celle-ci n'intéresse que les seules capacités des institutions

financières pourvoyeuses de fonds. La différence avec l'*intégrité financière* réside ainsi dans l'intérêt plus large que la collectivité trouve dans la circulation de la monnaie et des obligations monétaires.

492. *L'intégrité financière* n'est pas un objet ou un sujet d'étude déjà isolé par un quelconque art. La juxtaposition des termes *intégrité* et *financière* permet de circonscrire les disciplines ou les outils par lesquels cette notion peut être appréhendée, bien qu'elle semble être une notion familière au sens commun. La notion d'*intégrité financière* peut se saisir par le prisme des disciplines juridiques relatives à l'économie et à la conduite des affaires. La circulation de la monnaie et des obligations, dont la protection est synonyme d'intégrité financière, se réalise dans une large mesure au sein du système financier. Partant, l'étude du risque s'impose puisque sa non-maîtrise impliquerait une forme d'atteinte à l'*intégrité financière*.

492. Circonscrire cette notion ne revêt d'intérêt que dans la considération de sa valeur sociale. La reconnaissance d'une telle notion pourrait triplement impacter les applications qui peuvent en découler. D'abord, prendre en compte l'existence juridique d'une notion d'*intégrité financière* impliquerait en matière de recherches économiques que les seules conditions favorables à la croissance ou à la production de valeurs ne soient plus les principaux thèmes de recherche. L'appréhension d'une telle notion pourrait avoir des implications sur la manière dont les autorités de régulation conçoivent la réglementation prudentielle. Celle-ci ne s'articulerait plus autour des seuls principes favorisant la croissance économique et la stabilité du système financier, mais serait repenser de sorte que la croissance économique et financière ne se résume plus aux seules conditions de profitabilité des opérations de certains acteurs privés, mais intègre l'intérêt de la collectivité dans la circulation des obligations et de la monnaie. Enfin, l'appréhension de cette notion pourrait faire évoluer la culture président à la gestion des risques. Au niveau des entreprises, les services en charge de la gestion des risques seraient ainsi constitués de professionnels ayant un même modèle de réflexion : « l'intégrité financière », et non plus des logiques de raisonnement s'affrontant dans la *transgression* et la *négation* du risque. Au niveau des formations universitaires, on pourrait ainsi penser à mettre en place des programmes décloisonnant de façon plus pertinente les métiers ou les expertises juridiques et financières consacrés au maintien de l'*intégrité* du système financier ou à la lutte contre la criminalité financière. Sur ces deux derniers points, les *Compliance officers* ont un rôle non négligeable, dans la mesure où ils sont en charge de la gestion du risque de blanchiment. Comment ces professionnels de la lutte contre la criminalité financière appréhendent-ils alors la notion d'intégrité financière ? Peut-on dire que cette notion, de par ses qualités opératoires, participe ou pourrait participer à organiser cette profession ?

Titre 2. L'intégrité financière dans la gestion du risque de blanchiment

Envisager la notion d'intégrité financière dans la gestion du risque de blanchiment nécessite d'une part de poser le risque de blanchiment (chapitre 1) ; et d'autre part, de poser une grille visant à l'évaluation de l'apport de la notion d'intégrité financière dans la construction du cadre conceptuel et pratique du Compliance officer (chapitre 2).

Chapitre 1. Le risque de blanchiment

Les qualités opératoires de la notion d'intégrité financière sont partiellement mises en œuvre dans la gestion du risque de blanchiment dans les établissements bancaires (section 2). Toutefois, avant de s'intéresser à cet aspect de la mise en œuvre de l'intégrité dans le cadre de la lutte contre la criminalité financière, il importe en premier lieu de circonscrire le risque inhérent au blanchiment des capitaux (section1).

Section 1. Le risque

La notion de risque, avant d'être appliquée à une quelconque autre réalité, a préexisté au blanchiment des capitaux. Aussi, l'appréhension historique du risque (I) s'avère-t-elle nécessaire. Mais, l'évolution des turbulences dans la collectivité postule désormais une appréhension contemporaine du risque (II).

I. Appréhension historique du risque

Cette appréhension implique de s'approprier l'évolution sémantique du vocable risque (1). Les milieux bancaires et financiers privilégient l'approche économique du risque (2).

1. Évolution sémantique

493. Les travaux de Sylvain Piron font remonter l'apparition du mot risque avant 1193. Ainsi, hors d'Italie, Marseille, la Catalogne, la Provence et à partir du XVe siècle la Croatie, sont les premiers territoires à écrire *reizego*. Après cette période, les Germains puis les Castillans et Français d'Oïl vont apprendre à dire *risque*, même si on en n'a pas précisément identifié l'origine. Les ports commerciaux de Gênes et de Pise seraient les centres à partir desquels le mot risque se serait diffusé.

494. Piron définit le mot risque comme étant « *l'imputation à un sujet juridique d'une charge financière éventuelle, liée à une entreprise au résultat incertain, mais qui n'a pas besoin d'être particulièrement hasardeuse* ». Pierre-Charles Pradier lie l'usage de ce terme à des textes essentiellement politiques, juridiques, littéraires et réglementaires ; tous les domaines de la vie civile s'en trouve concernés. La dimension judiciaire ou politique met en cause l'intégrité *physique* des individus menacée par la guerre ou par une justice mutilatrice.

495. La littérature emploierait le mot risque pour désigner la mise en danger volontaire du héros. Avec l'essor des marchands, le mot « risque » désigne davantage les dangers pouvant conduire à une perte d'argent qu'à celle de la vie. Pierre-Charles Pradier poursuit son exposé en soutenant qu'il est bien possible que le mot *risque* soit un terme guerrier.

496. Au XVIIe siècle, on commence à rencontrer une acception économique générale du mot *risque* qui n'est plus qu'une simple *façon de parler*. Le *risque* dans son sens économique désigne ainsi tout ce qui menace *les avances de l'entrepreneur*. Cette signification constituera, en France, le seul noyau sémantique autour duquel graviteront les diverses acceptions du mot. Cette acception est même la seule à présenter le substantif sans précisions additionnelles.

497. Le terme « risque » a un aspect normatif puisqu'il justifie un profit en échange d'un travail ou dans le cadre d'une activité économique avantageuse ou illégale. Ce n'est que dans les années 1780 que le terme reçoit une désignation abstraite et générale. A partir de 1900, l'émergence de la société du risque aurait d'abord constitué un phénomène linguistique. Ainsi, le risque serait devenu un « danger probable », notamment dans le langage des assureurs où il finira par désigner l'espérance mathématique du sinistre encouru. On en vient à une métonymie qui confond la mesure du risque avec ce qu'il menace. De nombreuses métonymie vont permettre une grande variété d'emplois du mot *risque* qui n'aura plus de désignation spécifique, encore moins de connotation propre à une activité.

498. La signification principale du *risque* reste inchangée, sa désignation s'élargit progressivement tant en dehors de l'Italie que dans la Péninsule. On risque d'abord « sa peau », puis « sa fortune » avant d'en venir à « risquer » un euro en misant aussi bien sur les valeurs mobilières que sur une grille de loto. Cependant, la récurrence des crises systémiques et des défaillances d'institutions isolées rappelle la prévalence du risque dans la sphère financière, même si les modèles d'évaluations et même de description du risque n'épuisent pas la question. Robert Merton explique le *bank run* comme la croyance dans la fragilité de la banque qui entraîne la ruée des déposants pour récupérer leur argent et conduit la banque à une situation où elle ne peut honorer ses engagements. Pour éviter le discrédit, les professionnels ont réagi en s'organisant. Ainsi, dès les années 1920 on assiste à l'apparition de réglementations relatives au *risque* tel que conçu dans les milieux financiers.

2. Approche économique du risque

499. Les préoccupations relatives à l'*intégrité* du système financier trouvent une résonnance certaine dans la gestion des *risques* financiers. A ce titre, il y a au sein des institutions financières des directions dédiées à la gestion des risques. C'est d'ailleurs une des principales exigences de la réglementation prudentielle en vigueur en France.

500. Philippe Jorion[589] compare la croissance des marchés dérivés à la célérité d'un avion dont la vitesse de déplacement serait la plus rapide des moyens de transport. Cette comparaison tient à ceci que la part des marchés drivés n'a cessé de croître durant la décennie 1990 et les pertes sur ces marchés ont proportionnellement suivi leur taille relative. La soudaineté des pertes a amené d'aucuns à penser que les produits dérivés étaient particulièrement dangereux. Ce constat a amené certains dirigeants à la décision radicale de complètement bannir tous les produits dérivés

[589] Philippe Jorion, *the benchmark for Managing Financial Risk*, second edition McGraw-Hill

de leur portefeuille d'actifs. Cette décision a eu pour conséquence, inattendue, d'accroitre le risque de ces portefeuilles. En outre, ces portefeuilles ont fini par perdre leur compétitivité et à coûter plus cher. Ce qui a conduit à conclure que les produits dérivés permettaient de réduire les coûts de transaction, bien que certains États aient également banni les produits dérivés de leurs fonds de gestion.

501. Les produits dérivés sont des outils permettant de faire des arbitrages, de spéculer et pouvant conduire à de grosses pertes lorsqu'ils sont utilisés à mauvais escient. Il faut ajouter que les produits dérivés s'échangent entre deux parties dans le cadre d'un jeu à sommes nulles. Ce qui signifie que ce qui est perdu par l'un est gagné par l'autre. Dans le cas de la Barings, les risques pris par le *trader* Nicholas Leeson dans sa gestion des produits dérivés seraient la cause principale de la faillite de cet établissement. Ce *trader* aurait échappé au contrôle de sa hiérarchie ou celle-ci aurait feint d'ignorer les agissements de ce *trader*. Le groupe industriel Metallgesellschaft a été confronté à des pertes importantes du fait de la transformation non maîtrisée du risque de crédit. Dans le cas du conté d'Orange, c'est plutôt le risque de marché qui est rendu responsable des pertes réalisées par les fonds de gestion locaux. Dans le cas des pertes de Daiwa, il a été établi que la non-séparation des opérations de *back* et de *front office* a été source des risques.

502. Au titre des leçons à tirer de ces différents cas, Philippe Jorion nous invite à retenir que le point commun de ces scandales financiers est une mauvaise gestion des risques. En réponse à ces scandales, il y a eu diverses conclusions et réformes. Ainsi, en 1993, le Groupe des trente a conclu que les produits dérivés n'introduisaient pas de risques plus grands que ceux existant déjà. Ce groupe a de fait incité à un usage plus important de la *VAR*. Le *Derivatives Policy Group* a quant à lui fait des recommandations visant à mieux contrôler les risques. Dans ce cadre, en 1994, la banque J.P. Morgan a proposé un nouvel outil permettant de mesurer le risque (*VAR*), cet outil a fini par être adopté par l'ensemble des acteurs financiers. De nombreuses autres propositions et réformes ont été adoptées et ont conduit Philippe Jorion à la conclusion que les désastres dus aux produits dérivés dans les années 1990 ont entrainé de profonds changements et que les scandales financiers qui ont émaillé cette décennie appellent à une meilleure gestion des risques. Ainsi, les risques sont désormais suivis et mesurés, les opérations de *back* et de *front office* ont été séparées, mais l'appréhension moderne des risques est telle que l'on ne peut les réduire aux seuls risques financiers.

II. Appréhension contemporaine du risque

La nouvelle appréhension du risque montre que le risque a une nature protéiforme (1) et que cette nature n'est pas sans lien avec les conflits juridico-financiers du risque (2), rencontrés dans les établissements bancaires.

1. Nature protéiforme du risque

503. Des auteurs tels que Keynes, Schumpeter ou Knight ont mené des travaux autour de la notion de risque. Le premier d'entre eux s'est interrogé sur les conséquences du risque sur le comportement des agents économiques, le second a insisté sur l'incertitude liée aux décisions de production, tandis que le troisième a analysé le rôle de l'entrepreneur et les risques qu'il prenait en innovant.

504. L'époque contemporaine est plus préoccupée par les risques liés à la finance ou aux retombées indésirables des activités industrielles, en particulier sur l'environnement ou la santé des consommateurs. Depuis la dernière guerre, la théorie économique s'intéresse surtout aux risques relatifs à la production ou à la détention d'actifs financiers. Pour les économistes dits néoclassiques, ce sont les risques courus par les propriétaires du capital qui en induisent la rémunération. Pour les tenants de la théorie des jeux, le risque est le résultat des interactions dont dépend la décision conjointe de plusieurs acteurs. D'après cette théorie, il n'est pas possible de considérer les décisions des autres comme un pur hasard, puisqu'elles obéissent à une rationalité. Cependant, on peut observer que la théorie économique ne définit pas objectivement le risque et ne rend pas compte de sa prégnance dans la réalité.

505. Dans l'article *« the risk management of everything: rethinking the politics of uncertainty",* Michael Power fait observer qu'il y a une tendance globale à une industrie du *risque* dans la plupart des organisations, ce afin de faire à face à l'incertitude. Les changements technologiques dans les systèmes d'information ont créé de nouveaux risques. Les scandales et les crises ont également favorisé l'éclosion d'une certaine vision de la gestion du risque ayant entrainé le décloisonnement entre des secteurs initialement distincts. C'est ainsi que des secteurs tels que la santé, la sécurité, les assurances développent des outils de gestion du risque. Celle-ci concerne aussi bien les secteurs publics que privés et est devenue une notion, un concept à part entière. Ainsi, dans les secteurs privés et publics, la gestion du risque a donné lieu à de nouvelles disciplines. Pour Michael Power, le *risque*, bien qu'étant une notion difficile à saisir et suscitant de nombreuses discussions, divers travaux ont tenté d'y apporter une signification précise. Dans

les domaines de la santé et de la sécurité le risque est souvent associé au hasard et au danger, tandis que dans la finance il est associé à la volatilité des cours.

506. Malgré l'ambiguïté de cette notion, à la question « qu'est ce que le risque ? » Michael Power propose de se demander plutôt qu'elles sont les organisations qui doivent y faire face. Les modèles de régulation deviennent des états généralisés de gestion du risque. Il est devenu banal de constater que chacune des institutions de la société se dote d'un dispositif de gestion des risques. La communication de nombreuses structures est d'ailleurs orientée en fonction des risques perçus par le public. Dans la seule communication d'une organisation il y a déjà le risque de réputation à gérer. Le risque est donc présent dans toutes les formes d'activités ou d'actions. D'où la nécessité de développer des outils permettant de le gérer. Dans cette optique, des procédures de contrôle interne ont été mises en place afin d'identifier et de maîtriser le risque. Mais aussi efficaces que puissent être ces procédures, celles-ci ne dissipent que rarement les différentes conceptions juridiques et économiques du risque.

2. Conflit juridico-financier de la gestion du risque de blanchiment

507. Pendant longtemps, le *risque* était appréhendé sous deux aspects : le risque juridique et le risque financier. Ce dernier est définitivement passé dans le langage courant suite aux travaux de la Commission de Bâle et des recherches de la banque Goldman Sachs, sur l'évaluation des risques. Quant au risque juridique, il était déjà appréhendé par la doctrine juridique.

508. La charte de l'environnement, faisant partie du bloc de constitutionnalité, consacre dans son article 3 la notion de risque juridique en posant le principe de précaution : « *toute personne doit, dans des conditions définies par la loi prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences* ». Cette même charte pose dans son article 5 que : « *Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine dans l'état des conséquences scientifiques, pourrait affecter de manière grave ou irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attribution, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage* ». La procédure d'évaluation des risques évoquée dans cet article fait allusion à la méthodologie de la gestion des risques.

509. La loi 2003-706 du 1er août, dite de sécurité financière, oblige le président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance à établir un rapport visé par le commissaire aux comptes ayant pour objet des procédures de contrôle interne mises en place par la société. La plupart des mesures prises à ce titre sont faites selon la méthodologie de la gestion des risques. En

outre, la loi 2003-699 du 30 juillet 2003 a introduit à l'article L.512-1 du Code de l'environnement l'obligation de présenter au préfet, en vue d'installer une activité présentant des dangers ou inconvénients, une étude donnant « *l'analyse de risque qui prend en compte la probabilité d'occurrence, la cinétique et la gravité des accidents potentiels… »*. Enfin, l'article L.230-2 du Code du travail prévoit l'obligation de procéder à l'évaluation des risques professionnels auxquels peuvent être confrontés les salariés. Le guide ISO/IEC Guide 73, 2002 (E/F) dans sa collection « Recueil Norme et réglementation », Éditions Afnor, intitulé *Management des risques – Approche globale*, définit le risque comme « *la combinaison de la probabilité d'un événement et de ses conséquences* », le terme risque étant employé lorsque la conséquence peut être négative.

510. Pour les juristes, le risque est la *conjonction d'une norme juridique et la réalisation d'un événement*. Le risque est ainsi vu dans tous les phénomènes devant faire l'objet d'un examen. A la fin du XIXe siècle, l'émergence de la notion de « responsabilité pour risque » a été utilisée dans le cadre de la responsabilité civile. Le Code civil dans son article 1962 introduit la notion d'aléa. Celle-ci sera par la suite utilisée par le droit des assurances. Ces divers éléments vont ainsi valider la définition du risque voulu par le dictionnaire le Petit Robert : « *l'éventualité d'un événement ne dépendant pas exclusivement de la volonté des parties et pouvant causer la perte d'un objet ou tout autre dommage».* Pour les juristes, l'adage « *nul n'est censé ignorer la loi »* est la réponse à la notion de *risque juridique*. Ce qui fait que la sanction à la transgression d'une norme n'est qu'un résultat. Pour éviter d'être sanctionné il convient simplement de respecter la norme. Celle-ci ne présenterait pas en elle-même un quelconque risque intrinsèque. Qui plus est, le risque n'est conçu qu'à travers le dommage qu'il cause, il n'est appréhendé que dans sa dimension négative[590].

Afin de gérer les risques juridiques, il a été mis en place, au sein des établissements et institutions financières des directions juridiques au sein desquelles les services de Conformité avaient vocation à gérer la dimension négative du risque juridique. Plus tard, la réglementation relative à la régulation des marchés financiers et à la lutte contre le blanchiment des capitaux, a amené les directions juridiques à être confrontées à la question de la *protection* du système financier. Dans ce contexte, la gestion du risque juridique a désormais consisté à prévenir les atteintes à l'*intégrité* du système financier à travers l'action des directions de Conformité et de lutte contre le blanchiment des capitaux. Dans le même temps, la gestion des risques financiers a continué d'être confiée à la direction des risques. Celle-ci avait vocation à identifier et évaluer les risques financiers afin de mettre en place des procédures de couverture ou de gestion des risques.

[590] Franck Verdun, *la gestion des risques juridiques,* Editions d'Organisation Groupe Eyrolles, Paris 2006

Cette démarche était d'ailleurs posée par les exigences de la réglementation prudentielle. Toutefois, avec la réglementation lutte anti blanchiment et les évolutions en matière de gestion du risque, on assiste peu à peu à un rapprochement de ces directions, dans l'organigramme de nombreuses institutions financières.

Ainsi, les banques universelles et celles spécialisées dans le financement de projet n'hésitent plus à intégrer l'activité de Conformité juridique et celle de gestion des risques au sein d'une seule grande direction, la Direction des risques. Au sein de celle-ci cohabitent désormais des professionnels (des juristes et des analystes financiers) qui n'ont *a priori* pas la même approche du risque. Le fait est que l'analyste financier voit dans le couple rentabilité/risque l'essentiel des rouages permettant de maximiser les profits de l'entreprise. Alors que le juriste ne voit que le *risque* négatif. D'un côté, il y a des financiers qui voient dans la transgression un levier de profitabilité. De l'autre, il y a des juristes qui recensent un ensemble d'interdits.

De prime abord, les objectifs des juristes et des analystes financiers peuvent paraître antithétiques. A ce titre, la littérature peine encore à identier les affrontements auxquels sont confrontés les professionnels de la lutte anti blanchiment par exemple. Ils sont amenés à effectuer des arbitrages entre la rentabilité que présentent une potentielle relation d'affaire et une éventuelle perte à l'occasion de la transgression de la réglementation, due à une telle relation.

511. Le rapprochement des directions de Conformité et des directions des Risques laisse songeur quant à l'idée de caractériser la logique de confrontation qui peut prévaloir dans un tel rapprochement. Pourtant, ce mouvement de rapprochement est loin de s'estomper. Ce d'autant que les autorités prudentielles y sont plutôt favorables. En nous interrogeant sur les motivations d'un tel rapprochement, il nous est apparu que le l'objectif commun à la direction de Conformité et à la direction des Risques réside dans la volonté de traiter le risque dans son « intégralité immédiate ». A ce titre, le risque est simultanément juridique et financier. Le maîtriser conduit dans le même mouvement à préserver l'activité et sa structure d'exploitation en même temps que le système tout entier. La direction de Conformité y trouve un intérêt dans la mesure où les procédures de gestion du risque juridique qui en découlent permettent de réduire, à défaut d'éviter, les pertes dues à une transgression de la loi. La direction des risques (financiers) y trouvent un intérêt dans la mesure où les procédures de gestion mises en place permettent de minimiser les pertes, à défaut de maximiser les profits découlant d'une « prise de risque ».

Enfin, l'autorité de régulation y voit un double avantage. Dans le même temps, la *stabilité* du système financier est préservée et son *intégrité* est maintenue. Or, la continuité d'une exploitation ou du fonctionnement d'un marché est, dans une approche moraliste, caractérisée par la circulation de la monnaie et des obligations. Autrement dit, l'ensemble des institutions a intérêt

à ce que l'*intégrité* du système ainsi caractérisé soit préservée. Finalement, la notion d'*intégrité financière* qui paraissait familière, lorsque l'on interrogeait le sens commun, peut s'avérer porteuse de solutions aux problèmes auxquels sont confrontés les professionnels de la *finance,* notamment ceux en charge de la stabilité et du bon fonctionnement du système financier, les professionnels de la lutte contre la fraude et contre la criminalité financière.

Section 2. Gestion du risque de blanchiment dans les établissements bancaires

Le risque de blanchiment fait l'objet d'un traitement intensif au sein des établissements bancaires en raison des obligations légales. D'où il importe de s'intéresser au traitement du risque de blanchiment (I). L'intérêt croissant de la LAB, en raison des contraintes légales, a créé une pression qui a poussé les institutions financières à sublimer les différents dispositifs de LAB. Cette sublimation s'est traduite par la recherche d'une intégration stratégique du risque de blanchiment (II).

I. Traitement du risque de blanchiment

Le traitement du risque de blanchiment fait l'objet de plusieurs approches de management de cette catégorie de risque(1). Ce sont ces différentes approches qui ont en partie influencé la gestion des profils dans la lutte anti blanchiment (2).

1. Les approches du risque de blanchiment

512. La conception de la gestion du risque de blanchiment résulte de la conjugaison de quatre approches[591]. D'abord, il y a l'approche légaliste impulsée par les personnels d'origine judiciaire et dominée par la dimension légale mettant l'accent sur le besoin de normes et de contrôles, relayée par les spécialistes de la finance craignant la sanction pénale à laquelle peut s'exposer l'établissement qui ne remplit pas ses obligations de diligence. Ce d'autant que ces sanctions présentent à la fois un risque réputationnel, un risque financier et risque de responsabilité pénale pour les dirigeants. La finalité de cette approche légaliste est d'éviter que l'établissement se fasse condamner en respectant simplement les règles établies. De la sorte, le principal risque que les institutions financières souhaitent maîtriser est moins celui d'une transaction illicite que le danger d'une condamnation pour non-conformité à un ensemble de normes légales professionnelles.

Ensuite, il y a l'approche par l'enquête. La lutte anti blanchiment n'est plus envisagée par rapport à ses fondements mais pour son intérêt professionnel. La lutte anti blanchiment enrichirait

[591] Gilles Favarel-Garrigues, Thierry Godefroy, Pierre Lascoumes, « *Les sentinelles de l'argent sale, les banques aux prises avec l'anti blanchiment* », éditions La Découverte, Paris, 2009, p.130-136

l'exercice quotidien du métier de banquier, aussi bien par la pratique de l'investigation que par les contacts atypiques qu'elle permet de nouer avec des professionnels plus spécialisés. En outre, une approche par le diagnostic peut être identifiée. Elle met l'accent non plus sur le droit ou sur l'enquête, mais sur l'approfondissement de l'analyse et du raisonnement. La qualité professionnelle qui est valorisée est l'aptitude à poser un regard clinique sur une situation problématique, afin d'en comprendre les ressorts et de définir une réponse adéquate. Ainsi, la capacité de diagnostic, de différenciation des alertes et de repérage des situations méritant une déclaration de soupçon permet de gérer les risques, c'est la principale responsabilité du *Compliance officer*. Enfin, il faut relever l'approche dite managériale. Cette conception de la lutte anti blanchiment résulterait de la combinaison de compétences différenciées intégrées dans la stratégie de l'entreprise. La pratique de la lutte anti blanchiment repose ainsi sur une articulation des savoir-faire que maîtrise rarement une seule personne. D'où l'importance des équipes. Il faut à la fois posséder une bonne expérience des activités bancaires et bien connaître les systèmes de surveillance des activités professionnelles. Dès lors, la lutte anti blanchiment élabore des compétences transversales, permettant d'intégrer l'hétérogénéité des savoir-faire et des situations. Dans une perspective managériale, la lutte anti blanchiment contribue à des objectifs stratégiques tels qu'une meilleure connaissance de la clientèle et la maîtrise des risques opérationnels. La dimension légale a été internalisée par une interpénétration avec d'autres fonctions. Il est encore fréquent d'entendre que la conception normative n'est plus dominante, que les établissements cherchent plutôt à transformer la contrainte lutte anti blanchiment en une opportunité commerciale. Cependant, les observations que nous avons pu effectuées nous ont livré une toute autre lecture du management de la LAB.

513. Le blanchiment d'argent soumet les professionnels à un risque de délit de blanchiment aggravé, exposant à une peine de 10 ans d'emprisonnement et sept cent cinquante mille euros d'amende, cette dernière pouvant être portée à la moitié de la valeur des biens blanchis. En 2002, dans le cadre de l'affaire dite du « Sentier », le président directeur général de la Société Générale (Daniel Bouton), son directeur général délégué, son directeur général adjoint ainsi que trois membres du comité de direction furent mis en examen dans le cadre des investigations sur une filière de blanchiment entre la France et Israël. Cette mise en examen fit prendre conscience aux professionnels de la lutte anti blanchiment qu'ils risquaient, eux aussi, d'engager leur propre responsabilité pénale. Ce qui déclencha de nombreuses restructurations des départements de lutte anti blanchiment avec un double objectif. Premièrement faire en sorte que les personnels dédiés à la lutte anti blanchiment puissent détecter plus efficacement les opérations suspectes et les

déclarer. Deuxièmement, accroître les compétences des professionnels par des programmes de formation.

514. Très vite, les dispositifs de lutte anti blanchiment ne visaient plus simplement la détection d'opérations suspectes, mais aussi la protection des différents directeurs afin de mettre ceux-ci et la banque toute entière à l'abri d'une sanction pénale. Cette nouvelle orientation de la lutte anti blanchiment a ainsi amené la suspicion non plus sur la seule clientèle, mais aussi sur le personnel même de la banque. A cet effet, un cadre réglementaire a été fixé, notamment dans le règlement général de l'AMF. Il n'est plus question de simplement dénoncer les opérations suspectes, mais aussi de se préserver contre toute sanction. C'est avec l'apparition de cette nouvelle orientation que le risque réglementaire a pris des proportions plus importantes au sein des banques. En effet, le Code monétaire et financier pose un certain nombre de sanctions encourues par les établissements financiers[592].

515. Pour qu'une personne ou un établissement soit condamné pour avoir participé à une opération de blanchiment, il faut que l'accusation apporte la preuve que la personne savait que les fonds concernés avaient une origine illicite. En outre, il peut être fait état d'un défaut de vigilance relevant soit d'une méconnaissance des obligations professionnelles, soit d'une volonté délibérée de ne pas avoir « cherché assez loin ». Ce qui peut avoir de lourdes répercussions pour les collaborateurs de l'établissement financier qui peuvent être accusés de complicité de blanchiment parce qu'ils n'auraient pas réalisé un contrôle. Du fait de cette tendance, les établissements renforcent encore plus leur dispositif de lutte contre le blanchiment en l'orientant dans le sens de la protection des collaborateurs et de l'établissement. Aussi, les banques, pour se prémunir du risque réglementaire ou pénal, anticipent-elles les contrôles effectués par les autorités de régulation. Il ne s'agit plus de se doter d'un dispositif de lutte qui soit efficace quant à la détection, mais il s'agit désormais d'avoir un dispositif répondant aux attentes formelles des régulateurs. L'efficacité du dispositif en devient même secondaire.

Partant, de ce nouvel objectif, les banques ne vont plus mesurer l'efficacité du dispositif à la qualité des déclarations de soupçon, notamment lorsque celles-ci donnent lieux à une enquête de la part de Tracfin ou même à une condamnation judiciaire, mais au nombre de déclarations faites. Certains agents de la lutte anti blanchiment se voient d'ailleurs fixer des objectifs de nombre de déclarations périodiques, afin qu'à l'occasion d'un éventuel contrôle du régulateur, celui-ci se rende compte que le dispositif mis en place fonctionne, peu important la pertinence des

[592] Article L.613-21 du Code monétaire et financier

déclarations. Alors même que pendant les contrôles, c'est justement le critère de la pertinence qui est mis en avant par les agents de l'Autorité de contrôle prudentiel.

2. La gestion des profils dans la lutte anti blanchiment

516. Les attentats du 11 septembre 2001 ainsi que l'affaire des sentiers, ont largement influencé la nature des profils intéressant la lutte anti blanchiment. Le trafic des chèques et les ordres de bourse ayant précédé les attentats ont poussé les autorités à exiger plus de vigilance sur les transactions des banques et ces dernières à renforcer les moyens mis en œuvre dans le cadre de cette vigilance. Compte tenu de l'organisation des réseaux criminels, les banques ont alors envisagé une évolution des profils dédiés à la lutte anti blanchiment.

517. Il ne s'agissait plus simplement de recruter des personnels ayant une longue expérience en milieu bancaire, mais désormais des personnels ayant une bonne connaissance des milieux criminels. Aussi a-t-on vu de nombreuses banques commencer à recruter des magistrats ou des gendarmes, le plus souvent au poste de responsable lutte anti blanchiment. Ce qui n'a pas manqué de faire apparaître un début de dichotomie entre la logique judiciaire des magistrats et gendarmes avec la logique commerciale des personnels recrutés en interne dans les banques. Si bien que, souvent, la clientèle nantie paraissait être un gage de rentabilité pour les derniers, alors qu'elle pouvait être gage de sensationnel pour les personnels recrutés dans les milieux judiciaires.

518. La législation relative aux milieux financiers n'a pas cessé de se complexifier et la fonction *Compliance officer* avec. Les banques ont, une nouvelle fois, diversifié les profils à privilégier dans l'anti blanchiment. D'abord, elles ont procédé à un rajeunissement des personnels en s'intéressant aux jeunes diplômés. Ceux-ci étaient alors recrutés soit, dans les filières juridiques, en considération de l'approche juridique de la gestion du risque, soit des filières de gestion en considération de l'approche économique de la gestion du risque. Dans la première approche, la motivation du recrutement reposait sur l'idée que la lutte anti blanchiment est constituée par un ensemble de normes. Pour éviter le risque réputationnel ou de pertes liées aux sanctions, il fallait donc recruter des juristes déjà familiers aux questions de conformité, et plus à même à assimiler la lutte. Dans la seconde approche, la motivation du recrutement s'appuyait plutôt sur l'idée que la lutte anti blanchiment soumettait l'établissement à un risque économique et un risque réputationnel. Cet ensemble de risques devaient donc être gérés par des personnels familiers à la gestion des risques. D'où l'intérêt de recruter dans les filières de gestion où l'appréhension du risque est plus proche de celle de la banque : maîtriser le risque et maximiser la rentabilité par des outils d'aides à la décision.

II. Intégration stratégique du risque de blanchiment

La recherche d'une intégration stratégique de la LAB reste néanmoins loin d'être aboutie puisqu'il se pose une recherche des outils qui est en réalité une contrainte technique qui tend à être palliée par la mise en place d'outils informatiques qui sont en réalités constitutifs d'alibi anti réglementaire (1), mais surtout, la recherche des outils n'est motivée que par la seule contrainte du risque réputationnel(2).

1. L'alibi des outils informatiques

519. Des tensions inhérentes à la lutte anti blanchiment peuvent être observées, du fait des difficultés posées par son intégration dans les modèles économiques des institutions financières. Les logiques commerciales et réglementaires posent par exemple de nombreux dilemmes, notamment lorsqu'il s'agit de caractériser une situation à risque. On peut en outre noter que le processus de convergence des compétences en matière d'anti blanchiment a reposé à la fois sur les outils informatiques, sur la définition des fonctions et des profils à former. Cette édification de la lutte anti blanchiment passait nécessairement par la construction de bases de données, des analyses et un partage des moyens de lutte participant d'une même « culture » de la lutte anti blanchiment.

520. Les événements du 11 septembre 2001 ont incité de nombreux acteurs à concevoir des outils informatiques aidant tant dans le renseignement que dans la production de statistiques propres à la lutte anti blanchiment. Cette production d'outils informatiques, par ailleurs systématiquement recherchée par les établissements bancaires, peut donner l'impression de l'existence de postulats qui pourraient fonder l'homogénéité de la LAB dans les établissements financiers.

521. Les outils informatiques sont considérés comme performants et les statistiques de leur utilisation permettent d'attester la réalité des actions de formation du personnel. Mais, ces formations sont surtout perçues comme simplement formelles et relèveraient d'un « alibi » pour se prémunir des blâmes de l'autorité de régulation. Ainsi, ces outils n'auraient d'autres vocations que de laisser des traces d'auditabilité attestant de l'investissement dans le respect d'un ensemble de règles publiques et professionnelles[593]. L'homogénéité des professionnels de l'anti blanchiment demeure donc très relative et trouve ses limites dans la diversité des métiers qui le portent. Les investissements dans des outils informatiques ou dans la formation à la lutte anti blanchiment paraissent ainsi participer de « la présentation d'un soi-conforme » à destination des

[593] Gilles Favarel-Garrigues, Thierry Godefroy, Pierre Lascoumes, « *Les sentinelles de l'argent sale, les banques aux prises avec l'anti blanchiment* », éditions La Découverte, Paris, 2009

structures de régulation, à l'actionnariat, aux agences de notation et aux médias. Les institutions soumises à la lutte anti blanchiment entendent ainsi être jugées sur l'obligation des moyens qu'elles se sont imposées[594].

2. La contrainte du risque réputationnel

522. Le blanchiment fait courir à la banque un risque de réputation, un risque pénal et un risque réglementaire. Le risque de réputation, encore appelé risque d'image, correspond à une publicité négative relative à la conduite des affaires ainsi qu'aux relations entretenues par un établissement. Ce risque de réputation peut porter atteinte à la confiance dans l'intégrité de l'établissement, notamment lorsque la publicité négative est relayée par les médias. La crainte du risque de réputation a d'ailleurs été à l'origine d'un certain nombre de changements plus ou moins positifs dans la profession bancaire.

Ainsi, c'est en réaction à l'affaire des comptes du général Sani Abacha, qui a dû concerner des banques suisses et anglaises, que fut adopté par onze banques internationales, un ensemble de principes spécifiques à la lutte anti blanchiment connu sous le nom de Directive Wolfsberg. En 2004, il fut adopté le *Syria Accountability Act* en plus de la désignation par le Trésor américain de la Banque Commerciale de Syrie, la plus grande du pays, comme étant une « institution financière soupçonnée de blanchiment d'argent ».
Souhaitant préserver ses relations avec les banques américaines, la banque UBS annonça qu'elle romprait ses relations avec la Syrie et l'Iran, en raison des « risques et de la situation géopolitique » de ces deux pays. Il faut dire que les échanges avec les banques américaines soumettent l'ensemble des établissements financiers à une forte pression émanant des autorités de régulation américaines. Ainsi, bien qu'il n'y ait pas de liens statistiques directs entre la réputation d'une banque et la contraction de sa clientèle, le risque de réputation peut s'avérer important dans les relations entre les banques et les autorités de régulations, celles-ci multipliant les contrôles à l'encontre des banques dont l'image est écorchée par une éventuelle affaire de blanchiment.

523. Le blanchiment d'argent présente des risques de réputation, pénaux et réglementaires. Ceux-ci peuvent en outre provoquer des pertes financières en cas d'amende. Ces risques sont-ils suffisamment caractéristiques pour que la fonction de lutte anti blanchiment soit rattachée à la direction des risques ? Ou leur nature particulièrement juridique impose-t-elle que la gestion de la lutte anti blanchiment continue de demeurer au sein de la direction juridique ?

[594] *Ibid.*

Pendant notre période d'observation, la question se posait avec d'autant plus d'intérêt que le département des risques opérationnels devait souvent traiter des cas de fraudes liées ou pouvant avoir des conséquences intéressant la lutte anti blanchiment. La banque choisit donc de rattacher la lutte anti blanchiment à la direction des risques.

524. Dans la banque de financement, cette même question, bien que se posant en d'autres termes, était assez récurrente. En effet, la notion de risque prend un tout autre sens dans la banque de financement ayant des activités à l'international, puisque le risque n'est plus simplement financier mais il devient aussi géopolitique. L'appréhension du risque est déterminante dans la décision d'investir ou pas dans un pays donné, tout comme elle l'est dans celle d'entrer en relation ou pas avec un profil donné de clientèle dans la banque de détail. Or, il nous a été permis d'observer au sein de la banque de financement que l'état de la lutte contre le blanchiment, dans un pays donné, entrait dans les critères de rentabilité.

En fait, en plus des données économiques et financières, l'état de la lutte anti blanchiment et de la lutte contre la corruption sont de plus en plus pris en compte dans les décisions d'investissement, à un point tel qu'un niveau de corruption élevé ou un dispositif de lutte anti blanchiment défaillant peuvent être une entrave à la décision d'investir. A nouveau, il s'est posé la question de savoir si la lutte anti blanchiment devait être rattachée à la direction des risques ou à la direction juridique. Cette banque opta pour la direction juridique. Ce qui ne résolut pas pour autant les affrontements qui existent bien souvent entre les directions juridiques et les directions financières. Il faut dire qu'il n'était pas rare que cette dernière conclût favorablement à l'opportunité d'investir dans un pays donné, compte tenu des indicateurs économiques et financiers. A contrario, le service dédié à la lutte anti blanchiment arrivait souvent à la conclusion que la sécurité juridique et notamment l'état de la lutte anti blanchiment dans le pays en question, ne présentait pas d'opportunité d'investissement.

Mais, dans cette confrontation, les conclusions du service lutte anti blanchiment (LAB) étaient *a priori* vouées à l'échec. Celui-ci était présumé puisque les arguments du service LAB reposaient bien souvent sur des sources d'informations externes et souvent médiatiques. L'impact que pouvait avoir une mauvaise gestion du risque réputationnel venait plaider en faveur du service LAB. Ce qui ne signifie pas pour autant que le risque réputationnel ainsi identifié ne résultât pas d'une peur irrationnelle du scandale.

Chapitre 2. Apport de la notion d'intégrité financière dans la construction du cadre conceptuel et pratique du *Compliance officer*

525. La plupart des métiers et des professions se construisent autour d'un ensemble d'outils et d'une culture qui leurs sont propres. A ce titre, la fonction de *Compliance officer* peut être considérée comme un métier à part entière, quoique les concepts et les outils desquels elle procède tiennent à la fois des métiers du Droit et des Sciences économiques. Cependant, les impératifs de lutte contre la criminalité financière impliquent que soient pris en compte certains réflexes propres aux sciences criminelles. Cette construction tripartite de la fonction de *Compliance officer* n'est pas sans poser des difficultés quant à la construction d'une culture et à la définition d'outils propres à la fonction, dans la gestion du risque de blanchiment. On peut observer que les différentes approches du risque de blanchiment sont, dans une certaine mesure, significatives d'un manque de paradigme ou de l'absence d'un cadre conceptuel propre à la lutte anti blanchiment (section 1). Ce manque de paradigme entraîne lui-même un besoin d'homogénéité et de cohérence dans la lutte et dans les analyses du *Compliance officer*. L'intérêt d'un cadre conceptuel pourrait être d'aider lui-même à la construction d'un cadre pratique à même d'optimiser la fonction de *Compliance officer* (section 2).

Section 1. Absence du cadre conceptuel

L'absence de paradigme dans la LAB/FT tient à ceci qu'elle est une fonction relativement jeune au sein des institutions financières. La LAB/FT est donc encore en quête d'un discours homogène et cohérent comme c'est le cas pour les autres fonctions d'une institution financière. Ainsi, on peut souligner que l'absence de paradigme trouve son explication dans des causes de fond (I). Par ailleurs, on peut soutenir que l'absence de paradigme dans la LAB/FT tient également à des causes de forme (II).

I. Les causes de fond : l'édification de la profession

Les explications à une absence de paradigme dans la LAB/FT tiennent à la jeunesse de la fonction (1) et en une absence d'homogénéité du discours du *Compliance officer* (2).

1. La jeunesse de la fonction

526. La LAB est une activité jeune dont les outils, lorsqu'ils sont acquis, ne reposent sur aucun paradigme objectif, si ce n'est la seule intuition du *Compliance officer*. Bien des investissements sont rentables, malgré l'état de la LAB ou de la corruption avérée dans certains pays. Le service LAB est souvent dans la difficulté de produire, par lui-même, des chiffres dont l'interprétation

pourrait être aussi pertinente que les données économiques et financières de la direction des risques. Les institutions desquelles le service LAB tient sa légitimité n'ont pas elles-mêmes achevé de convaincre de leur efficacité, en plus du fait que la LAB soit perçue comme un instrument de politique étrangère ajustable au gré des humeurs des gouvernements, remettant ainsi en cause toute la culture de la LAB.

527. Le GAFI est constitué dans une large mesure de fonctionnaires des ministères de l'économie et des finances des États qui en sont membres. Ces fonctionnaires servent les intérêts respectifs des gouvernements auxquels ils appartiennent. Ces gouvernements ont eux-mêmes une politique criminelle et une politique étrangère qui leur est propre. Ces deux derniers paramètres ne sont pas sans impacter les décisions ou les travaux des fonctionnaires du GAFI. C'est ainsi, par exemple, que de nombreux pays notoirement connus pour l'insécurité juridique ou la corruption qui leur étaient caractéristiques ont un temps disparus des listes établies par le GAFI. Par ailleurs, la création même de cet organisme n'est pas lui-même exempt de commentaire quant à la légitimité de ses décisions. Bien que de nombreux pays aient adopté les recommandations du GAFI et créé des structures de renseignement financier de type GAFI, la légitimité juridique des décisions du GAFI reste sans assises. Finalement, la légitimité de la position du *Compliance officer* ne tient véritablement que des autorités. D'abord, des autorités étatiques par la production de normes obligatoires. Ensuite, de l'autorité des experts. Ceux-ci façonnent et forgent le discours politique qui aboutit à l'adoption de la norme contraignante[595].

528. Dans les milieux universitaires ou professionnels, les profils des publics recevant la formation visant à prévenir la criminalité financière sont divers et complexes. Dans les milieux professionnels, les banques par exemple, les personnels en charge de la lutte contre la criminalité financière, le blanchiment des capitaux et les fraudes, avaient préalablement eu une longue expérience dans un domaine particulier de la gestion d'entreprise. Ces personnels étaient soit des comptables, soit des juristes ou des auditeurs spécialisés dans les fraudes ou la gestion des risques opérationnels. Ces personnels, à l'heure où les obligations de lutte contre le blanchiment de capitaux amorçaient leur mise en œuvre, étaient généralement proche de la retraite et étaient affectés au service lutte anti blanchiment en raison de leur connaissance de la banque et de leur expertise ou de leur formation d'origine. Les services LAB se retrouvaient ainsi composés de profils de juristes, de comptables, de fiscalistes ou d'analystes financiers.

Or, ce sont des profils dont la culture et les réflexes professionnels ont été acquis tout au long de leur expérience dans leur domaine respectif, mais surtout pendant leur formation universitaire.

[595] Amandine Scherrer, *la circulation des normes dans le domaine du blanchiment d'argent : le rôle du G7/8 dans la création d'un régime global,* Culture & Conflits, 62, printemps 2006

Cette cohabitation de cultures différentes n'était pas sans être la cause de conflits. Qui plus est, il devint impératif que ces professionnels acquissent les réflexes et la culture propres aux professionnels de lutte contre la criminalité. Aussi, les banques se mirent à recruter, au sein des services LAB, des anciens gendarmes ou officiers de police. La culture de la LAB se rapprocha alors de celle des professions investies d'une mission de police, sans forcément en avoir ni les moyens, ni la formation. Les services LAB furent désormais perçus comme des services de surveillance, des centres de coûts sans intérêt commercial ; mais surtout des services dont l'activité n'était pas inhérente aux besoins économiques de l'institution financière. Il s'agissait donc pour les services LAB de simplement répondre à des obligations légales qui ne nécessitaient pas la construction d'un discours homogène et cohérent reposant sur des paradigmes admis par les corps professionnels ou universitaires.

2. L'absence d'homogénéité culturelle

529. Dans les services LAB, il eut désormais la cohabitation de trois cultures différentes : celle de spécialistes des chiffres, de spécialistes du droit et la dernière, celle de spécialistes des sciences criminelles. Il s'avéra toutefois que ces premiers profils avaient vocation, à moyen terme, à aller à la retraite. Les Universitaires y virent l'occasion de proposer une nouvelle offre de formation.

530. Les formations se calquèrent sur les modèles déjà mis en œuvre au sein des banques. Aussi, ces formations privilégièrent-elles de recruter, dans des Masters, des profils de juristes, de financiers, de fiscalistes ou d'informaticiens. Les étudiants ainsi recrutés, fort de leur parcours antérieur, sont souvent formés en une année. Les nouveaux profils ainsi formé ont vocation, pour la plupart, à exercer dans des services dédiés à la lutte contre le crime financier, notamment des services LAB/FT.

531. A la fois les anciens comme les nouveaux profils furent confrontés à certaines difficultés, à l'origine quelques fois de conflits. Les profils de formations et de cultures différentes doivent construire un langage commun, un langage propre, un ensemble de codes propres à la lutte anti blanchiment. Ensuite, les personnels des services LAB sont confrontés à une absence de paradigme propre à la lutte anti blanchiment et plus largement à la criminalité financière. Enfin, la criminalité financière, la LAB, fait l'objet de beaucoup d'exposition médiatique, en raison des personnes et des sommes souvent impliquées dans certaines affaires. Cette caractéristique du crime financier a amené certains auteurs à soutenir que l'une des motivations des personnels de la LAB résidait dans le désir d'avoir à traiter d'une affaire qui soit médiatiquement exposée, presque de l'ordre d'une quête de la gloire. Dès lors que les affaires dont ils avaient à traiter

n'auguraient pas d'une éventuelle exposition médiatique, les professionnels de la LAB auraient tendance à être en proie à la démotivation et à se désintéresser de leur mission. Cette démotivation pouvant même être à l'origine d'une crise de vocation dans les services LAB.

532. Le constat d'un ennui ou d'un désintéressement aux missions de la LAB paraît plausible, puisque ces facteurs peuvent être symptomatiques d'une lassitude pouvant affecter n'importe quelle profession. Quant à leur explication, il serait plus opportun de la situer dans des causes autres que la quête de la gloire. En effet, les professionnels de la LAB doivent fréquemment justifier leur position, non pas sur la base de considérations objectives, mais souvent en se fondant sur une intime conviction ou sur des informations lues dans la presse. Ensuite, la cohabitation de cultures différentes pose un premier niveau de discussions, puisqu'il s'agit de convaincre, préalablement le collaborateur du service LAB avant d'en référer à celui d'un autre service. Enfin, la LAB ne dispose pas forcément d'outils ayant un fondement conceptuel comme c'est le cas des services dont l'activité repose entièrement sur des théories du droit ou des sciences économiques et autres disciplines. Partant, le service LAB devient un service en conflit permanent, ce à trois niveaux.

D'abord, un conflit endogène au service du fait de la cohabitation de cultures différentes. Puis, des conflits exogènes horizontaux et verticaux. Les conflits horizontaux sont ceux confrontant le service LAB à d'autres services devant collaborer sur un même dossier, les conflits verticaux sont ceux amenant le service LAB à devoir justifier sa position auprès de la hiérarchie. Or, ces conflits ont en commun une absence de culture et de paradigme propre à la criminalité financière et plus particulièrement à la lutte anti blanchiment.

533. La conséquence de cette absence de paradigme est que la LAB/FT ne peut se revendiquer d'avoir, d'emblée, un corps homogène et un discours cohérent. La crise de vocation pourrait donc tenir plus à cette absence de paradigme qu'à une quête de gloire insatisfaite, ce d'autant qu'une vocation paraît tenir plus à des croyances profondément intimes, qu'à une quelconque quête de gloire. Et quand bien même la quête de la gloire ne serait que légitime, comme elle peut l'être pour n'importe quelle profession, elle ne constitue en aucun cas un handicap à l'exercice de la profession de *Compliance officer*, si ce n'est que celle-ci se doit d'être organisée autour d'une culture propre.

II. Les causes de forme : la définition des outils de la profession

Les causes expliquant l'absence d'un cadre conceptuel propre à la LAB/FT se révèlent également dans la recherche d'outils de modélisation (1) et dans l'objectivité des résultats des analyses du *Compliance officer*, ceux-ci étant la plupart du temps motivés par des convictions

personnelles ou des bruits médiatiques. Mais, la définition des outils de la profession passe également par une extension des compétences du *Compliance officer* (2) qui ne doivent pas se limiter aux seules fraudes identifiées dans le seul cadre de l'économie réelle.

1. La recherche d'outils de modélisation

534. Il est frappant de constater que la criminalité financière n'a que des réponses sécuritaires et réglementaires, alors que les aspects économiques au sens large et les besoins en termes d'éducation ne sont pas encore suffisamment pris en compte. Les enseignements d'économie et de finance semblent le plus souvent négliger ces aspects. Il est pourtant important d'incorporer à la formation des futurs banquiers, assureurs et industriels, une présentation de la sphère économique illégale, de son organisation, de ses pratiques, des dangers qu'elle représente et des moyens permettant de s'en défendre, d'où il résulte un déficit de formation en la matière, « *un cursus sérieux, aux dimensions éthiques, économiques, financières, juridiques, comptables et géopolitiques serait des plus utiles* ». Une étude visant à la création d'un tel cursus fut envisagé au sein du Groupe HEC, en partenariat avec d'autres institutions[596].

535. Le service LAB est sans cesse à la recherche d'outils d'analyse dont l'efficience est loin d'être démontrée. Certains professionnels en sont notamment venus à demander des modèles mathématiques du même type que les matrices utilisées dans l'évaluation des risques financiers ou des risques opérationnels alors même que les concepts sur lesquels reposent ces modèles n'ont de lien avec la LAB que l'institution qui la pratique. Il faut dire que l'utilisation des modèles mathématiques ayant fait leur preuve avant la crise dite des *subprimes*, les professionnels de la LAB, notamment ceux ayant à traiter d'une activité de marché, ont un temps pensé que ces modèles étant inhérents à l'activité financière, ils se devaient de trouver des applications en matière de LAB.

536. Les risques opérationnels sont traditionnellement évalués par la LDA (*Loss Distribution Approach*). Il s'agit d'une loi statistique ajustée à partir d'un historique de sinistres. Les professionnels de la LAB ont, un temps, voulu concevoir un modèle mathématique de ce type, pouvant faciliter les arbitrages dans les décisions d'investissement. Une autre hypothèse a ainsi consisté à se servir des réseaux bayésiens. Or, dans la première hypothèse, l'expérience a montré que la LDA n'était adaptée qu'aux risques opérationnels extrêmes[597]. Les risques traités par la

[596] Ludovic François, Pascal Chaigneau, Marc Chesnay, *criminalité financière, « comment le blanchiment de l'argent sale et le financement du terrorisme sont devenus une menace pour les entreprises et les marchés financiers »*, éditions d'Organisations, Paris, 2002

[597] Catherine Véret, Patrick Naïm, *gérer et évaluer les risques opérationnels extrêmes*, REVUE BANQUE, mai 2011 n°736, p. 3

LAB sont identifiés chaque fois qu'il y a un doute. La masse de données sur les risques de blanchiment existe bien, mais leur nature tenant de l'incertitude fait que ces données restent peu significatives en termes de risques et donc difficilement probabilisables. Quant au modèle bayésien, il fait appel à des liens de causalités et à des probabilités conditionnelles. Concevoir un programme mathématique sur des comportements humains, d'où émanent les risques de blanchiment, quoi qu'envisageable, reste fortement hypothétique. La crédibilité des analyses du service LAB reste donc encore à construire, et est souvent source de conflits avec les autres services participant à la décision d'investissement.

537. Les services LAB ont encore, en réalité, du mal à convaincre de la pertinence de leurs décisions. Cependant, les sanctions étant effectives et leur réalité déjà expérimentées par de nombreux établissements, les services LAB ont trouvé dans l'aversion au risque pénal de leur direction un véritable allié. En effet, les conflits opposant les services LAB et les autres services trouvent souvent une issue favorable à l'analyse effectuée par la LAB selon que la direction générale a ou non une aversion au risque pénal. Bien souvent, la direction générale est amenée à arbitrer l'opposition entre la LAB et les services financiers sur un dossier. Plus la direction est sensible au discours du risque pénal, plus elle aura tendance à privilégier la position de la LAB. Malgré cette alliance avec la direction, la LAB en est encore à chercher un paradigme qui fasse l'unanimité aussi bien en termes de discours qu'en termes de technique. La prégnance de la norme pénale dans la LAB ne suffit pas à poser définitivement un paradigme propre à la lutte contre la criminalité financière. Bien au contraire, l'activité de la LAB qui en découle se concentre sur l'identification de l'origine des sommes d'argent, donnant l'impression d'une cause inopportune pour la recherche et circonscrivant l'utilité de la LAB à la seule application des obligations légales.

2. Extension du champ des compétences

538. Une étude des fiches de poste relatives à la fonction d'un gestionnaire des risques de blanchiment révèle que cette fonction est encore perfectible afin de mieux lutter contre la criminalité financière. On observe notamment que le poste n'a pas une dénomination commune dans toutes les organisations, bien que les missions soient généralement les mêmes. Ces oscillations terminologiques traduisent les difficultés posées par les missions assignées au *Compliance officer*, tant les objectifs et les outils propres à cette fonction sont diversement appréciés. L'explication tient à la recherche de la direction à laquelle doit être rattaché le service LAB, soit une direction juridique, soit une direction des risques. Ainsi, dans le cadre des missions juridiques, le *Compliance officer* doit assurer une veille juridique et être à même de reconnaître

les opérations frauduleuses. Ce qui signifie qu'il doit avoir à la fois les compétences d'un juriste et celle d'un gestionnaire spécialisé dans les audits. C'est d'ailleurs cette ambivalence qui entraîne quelques fois des redondances entre les services en charge des risques opérationnels et les services LAB.

Par ailleurs, dans les banques de financement, le poste de *Compliance officer* doit pouvoir posséder une connaissance subtile de la gestion des risques financiers et des risques juridiques. Or, les risques financiers ne font pas partie de la formation des *Compliance officer.* Ce qui entraîne que ceux-ci envisagent prioritairement dans leurs analyses les questions liées à la corruption internationale et à la sécurité juridique.

539. Lors des contrôles permanents, le *Compliance officer* se sert d'outils informatiques garantissant la traçabilité des informations, mais doit pouvoir assurer des suivis statiques et produire des *reporting*. Cet aspect de la fonction exige du *Compliance officer* une certaine maîtrise des outils statistiques et informatiques qui doivent s'ajouter à sa culture des risques, de la finance et du droit. Outre, les exigences techniques de la fonction, le *Compliance officer* doit faire preuve de qualité commerciale, puisque l'intégration stratégique de cette fonction dans les objectifs de l'organisation nécessite une connaissance des stratégies commerciales.

Concrètement, le *Compliance officer* est d'abord concerné par la réglementation de la lutte anti blanchiment et du financement du terrorisme, aussi bien dans les transactions financières de l'économie réelle que dans celle des marchés financiers. Ensuite, la détection des fraudes constitue l'autre aspect des missions du *Compliance officer*.

540. Cependant, dans la détection des fraudes, on peut observer que les compétences du *Compliance officer* sont limitées. Le fait est que les missions du gestionnaire du risque de blanchiment chevauchent celles du gestionnaire des risques opérationnels. Les fraudes détectées portent à la fois sur le respect de la réglementation et sur la gestion du patrimoine de l'organisation. Sur ce dernier point, la définition du champ des fraudes à détecter manque de netteté puisque les fraudes concernent souvent les seuls secteurs de l'économie réelle et des marchés financiers réglementés. A ce titre, le *Compliance officer* envisage les manipulations de marché et les délits d'initiés. Les aspects liés à la couverture des risques et à la recherche des financements semblent ignorés. L'explication tient à ceci que certains aspects des opérations liées à la recherche des financements et à la couverture des risques sont supposés être à la charge des personnels dédiés aux fraudes opérationnelles. Ceux-ci sont sous la seule responsabilité de la hiérarchie et n'ont pas d'obligation légale de dénonciation comme c'est le cas des *Compliance officers.* Ces derniers devraient pouvoir s'intéresser aux fraudes liées à la couverture des risques, mais ils n'en ont ni la compétence légale ni la compétence technique.

541. La compétence technique s'acquiert d'abord en raison de l'assimilation de certains montages à de la fraude, mais ce n'est pas toujours le cas des opérations de couverture qui ont lieu sur des marchés de gré-à-gré pour la plupart et ne sont pas visées par le droit positif. La conséquence de cette absence d'incrimination légale est que les formations relatives à la LAB n'envisagent pas directement ce type de fraudes, puisqu'elles privilégient la mise en œuvre et l'interprétation des seules obligations légales. D'où il ressort que le *Compliance officer* n'a pas souvent la compétence technique pour détecter ce genre de fraude. C'est donc l'extension du champ de compétence du *Compliance officer* qu'il importe d'envisager afin d'arriver à intégrer les risques de fraude de structuration qui ont lieu lors des opérations de couverture des risques financiers.

Section 2. Construction du cadre pratique

Certains outils entrant dans l'accomplissement des missions du *Compliance officer* nécessitent la maîtrise complète de nombreuses disciplines, qui donnent elles-mêmes naissance à des métiers très spécifiques. Cette singularité pluridisciplinaire de la fonction de *Compliance officer*, du fait que celle-ci soit encore une profession en cours de construction, pose un problème d'homogénéité dans les outils et les discours de la profession. La préoccupation la plus évidente se révèle dans les différentes approches de cette profession qui peuvent varier en autant de conceptions qu'il y a de praticiens. Ce défaut d'homogénéité tient d'une part au fait que les missions du *Compliance officer* doivent encore être précisément définies (I). En outre, la formation du *Compliance officer* (II) ne correspond pas forcément aux exigences de ce poste. C'est cette inadéquation des missions aux compétences réelles qui peut expliquer, en partie, l'absence d'homogénéité culturelle de cette profession.

I. La définition des missions du *Compliance officer*

La définition des missions du *Compliance officer* devraient consister dans la circonscription des techniques de fraude (1) et dans l'intégration des fraudes de structuration (2).

1. Circonscription des techniques de fraude

542. « *Les marchés sont conçus pour servir l'être humain, pas l'inverse*[598] ». Étudier les questions liées à la criminalité financière revient en réalité à s'intéresser à la circulation de l'argent sale. Cet objet qui peut heurter par le prosaïsme de sa désignation est défini par John Gray dans les termes suivants : « *L'argent sale, c'est de l'argent acquis de manière illégale,*

[598] John Gray, *False Dawn* : *The desilusions of global Capitalism*, New Press, 1998, p. 234

transféré de manière illégale ou employé de manière illégale. S'il enfreint la loi par son origine, son mouvement ou son utilisation, alors il mérite à juste titre l'étiquette. ». L'argent est donc sale en raison de l'illégalité de l'activité de laquelle il est issu. « *Trois formes d'argent franchissent les frontières : l'argent criminel, corrompu et commercial. L'argent criminel comprend les gains d'un éventail infini d'activités coupables en partant des objets de contrebande jusqu'au trafic d'immigrants illégaux et la traite d'esclaves, sans oublier tous les détournements de biens, la fraude sur les titres de placements, etc. L'argent issu de la corruption provient du soudoiement et des vols commis par des fonctionnaires de gouvernements* ». L'incrimination de la gestion de l'argent issue de la corruption n'est intervenue que très tard. Aux États-Unis, par exemple, le versement des pots-de-vin a été rendu illégal en 1977, mais la gestion des profits de la corruption à l'étranger n'a été interdite qu'en 2001. En Europe, ce n'est qu'en 1990 que les États ont commencé à légiférer contre le paiement de pots-de-vin ou la gestion bancaire des profits de la corruption. L'argent sale commercial est caractérisé par deux traits. D'abord, il s'agit généralement de fraude, même si cette fraude n'est pas la principale raison de ce type de transfert. Ensuite, l'argent sale issu du commerce disparaît souvent des registres dans le pays d'origine. Les transferts légaux sont enregistrés comme des dépenses, des dépôts ou des investissements alors qu'ils demeurent dans les livres de la compagnie ou de l'individu ayant effectué le transfert. Les transferts de ce type visent surtout à éviter les rapports, les relevés bancaires ou toute forme de traces quant au lieu de transfert.

543. Il convient de relever que l'une des grandes réussites des professionnels de la lutte contre la criminalité financière réside dans le fait d'avoir identifié les canaux par lesquels se réalisent la plupart des transferts criminels, canaux qui sont souvent les mêmes quelles que soient la forme ou l'origine de l'argent. Il s'agit, sans être exhaustif, des faux documents, des sociétés de façade, des banques écran, des paradis fiscaux, des falsifications des prix, des accords tacites, des commissions occultes, des comptes numérisés, des virements bancaires déguisant les transactions, etc.

Ainsi, les moyens de transfert de l'argent issu du crime peuvent privilégier la falsification des prix. Des lors qu'une transaction peut être facturée, elle peut l'être faussement. Il s'agit de fixer des coûts fictifs servant à déplacer de l'argent et à mettre en œuvre des stratégies de fraude fiscale. La falsification des prix peut porter aussi bien sur les biens matériels que sur les services ; le pendant de la falsification des prix étant la falsification des volumes ou des quantités. Outre les banques, d'autres types d'institutions financières sont susceptibles de déplacer des ressources illicites. À ce titre, le système « hawala », nommé « hundi » au Pakistan et en Inde et dont la forme chinoise est « chop », ne fut pris au sérieux qu'après le 11 septembre 2001 alors que cette

pratique séculaire[599] a connu son essor au cours des années 1960 et 1970.

544. L'état actuel de la recherche sur la criminalité financière identifie quatre catégories de canaux de transfert consistant en la falsification des prix, au déplacement de l'argent par des entités de façade, en la falsification de transactions et quelques recours à des procédés spécialisés. La structure facilitatrice de base demeure la même malgré les raffinements qui peuvent intervenir à l'occasion d'opérations plus spécifiques. Toutefois, il est un phénomène qui, sans échapper à la vigilance de la lutte contre la criminalité financière, demeure presque inexploré en raison du discours mystificateur qui y règne, les montages sur les marchés financiers.

En effet, les scandales financiers amènent à durcir la réglementation sur les marchés financiers, mais l'étude de la fraude y est encore embryonnaire. En fait, les marchés financiers sont de plus en plus déconnectés de la sphère économique réelle et intéressent moins les professionnels qui sont pour la plupart spécialisés dans les crimes intéressant les transactions de l'économie réelle. L'autre explication consiste dans le discours complexifiant les transactions des marchés. La compréhension des mécanismes de marché serait telle que s'y intéresser serait pour le professionnel de la lutte contre la criminalité financière, d'un labeur inopportun. Ainsi, certains montages, parfois frauduleux en raison des objets sur lesquels ils portent ou des risques qu'ils représentent, trouvent leur légitimation dans cette complexité, quand ils ne sont pas excusés par le principe de la liberté contractuelle ou de la capacité des marchés à s'autoréguler.

2. Les fraudes de structuration

545. Depuis les années 1970, les places financières des économies développées ont connu une forte croissance des produits dérivés. Ceux-ci découlent dans une large mesure des actions, des devises, des risques de contrepartie, des indices boursiers et des taux d'intérêt. Les produits dérivés peuvent porter aussi bien sur des instruments financiers classiques que sur un autre dérivé. Ces instruments sont utilisés à des fins de couverture des risques ou de spéculation. Le formalisme mathématique inhérent au fonctionnement de ces produits a longtemps tenu à distance les éventuels soupçons de fraude pouvant affecter ces produits. Mais, les manipulations du LIBOR en Grande Bretagne ou les montages frauduleux mis en lumière par Laurent L. Jacque[600] ou Philippe Jorion, prouvent bien que la complexité de leur fonctionnement n'est pas un rempart à la fraude.

---

[599] Raymond W. Baker, *Le talon d'Achille du capitalisme : l'argent sale et comment renouveler le système d'économie de marché*, Éditions Alterre, Outremont 2007

[600] Laurent L. Jacque, *Les produits dérivés et les grands désastres financiers « Ingénierie défaillante et supercherie »*, traduit et adapté par Anthony Gribe, Economica, Paris 2011

546. Les produits dérivés sont des instruments dont les caractéristiques « dérivent » d'autres instruments appelés « sous-jacents ». La relation qui les lie à ces sous-jacents se rapporte au « temps ». Ce qui induit que les produits dérivés sont en réalité des produits de « terme », bien que leur structure soit un peu plus complexe que les instruments à terme traditionnels. Les produits dérivés peuvent porter aussi bien sur un sous-jacent comptant (*spot)* que sur un sous-jacent à terme (*forward).* Les instruments à terme sont des instruments financiers dont la valeur est convenue aujourd'hui en vue d'une transaction à une date ultérieure. Les produits dérivés font l'objet d'un certain nombre d'opérations consistant en l'arbitrage, à la spéculation et à la couverture de risque. Les opérations d'arbitrage, même si elles sont rares, trouvent leur origine dans le manque de liquidités de certains marchés. Aussi, l'arbitragiste achète-il un instrument à un certain prix et revend un autre plus cher de telle manière que la position globalement engendrée par cette combinaison soit nulle. L'opération ainsi réalisée doit dégager un profit, être sans risque (certain) et ne doit pas consommer de capital. Ce qui nécessite que les passages des deux ordres (achat/vente) soient simultanés. Les anomalies de prix pouvant donner lieu à des profits d'arbitrages sont faibles. Il s'avère donc indispensable d'effectuer des ordres d'achat-vente sur des montants nominaux importants afin de dégager un profit qui justifie la mise en œuvre d'une opération d'arbitrage. Les ressources financières engagées doivent de ce fait être conséquentes.

547. Les institutions financières vont engager des montants très importants pour réaliser les opérations d'arbitrage. Ce qui suscite deux observations. En premier lieu, les fraudes éventuelles vont porter sur les montants engagés dans ces opérations. En effet, il s'agira d'abord de s'intéresser à l'origine des montants engagés. Ces fonds sont-ils propres à l'institution qui les engage ou proviennent-ils des dépôts de la clientèle ? Dans la première hypothèse il convient de reconnaître que le principe de l'autonomie de la volonté contractuelle ne fait pas obstacle à ce que l'institution financière investisse ses fonds dans des opérations d'arbitrage.

Dans la seconde hypothèse, on ne peut omettre de remarquer que l'institution qui investit dans des opérations d'arbitrage n'a pas la certitude que l'opération réalisée sera certaine, compte tenu de l'efficience imparfaite des marchés. Toutefois, elle effectuera des opérations d'arbitrage en raison de la couverture possible de ses pertes par les réserves dont elle dispose, mais aussi en raison de l'aléa moral. Celui-ci signifie que l'institution financière n'hésitera pas à effectuer des opérations d'arbitrage si elle a la certitude qu'en cas de défaillance de sa part l'autorité (la banque centrale ou l'État) interviendra afin d'éviter une défaillance qui pourrait être systémique. Cette première observation permet de déduire que la taille de l'institution financière peut déterminer cette dernière à effectuer des opérations d'arbitrage en étant couvert par l'aléa de moralité.

548. En outre, les ressources mises à disposition dans le but de couvrir une telle défaillance proviennent de la collectivité. Celle-ci couvrirait donc des opérations d'arbitrage desquelles le profit qu'elle tire reste difficilement démontrable, dans la mesure où les gains issus de l'arbitrage ne sont pas systématiquement réaffectés dans le financement de l'économie réelle.

En second lieu, les ressources engagées dans les opérations d'arbitrages peuvent provenir des dépôts réalisés par la clientèle. Dans cette hypothèse, on pourrait penser que, comme ce fut le cas dans le mécanisme des pensions livrées, une telle opération pourrait être constitutive d'un abus de confiance. Cette qualification pourrait être envisagée compte tenu des similitudes qui existent avec les tirages sur la masse puisqu'il serait effectué des prélèvements de fonds sur les comptes de la clientèle ayant procédé à des dépôts, à charge pour l'établissement de reconstituer ultérieurement les comptes sur lesquels les prélèvements auraient été faits. Cependant, dans le cas des tirages sur la masse l'abus de confiance est retenu car il n'y a pas un transfert de la propriété des titres, l'institution financière ne peut en disposer librement. Dans le cas des sommes déposées sur un compte en banque, la chambre criminelle a posé en principe que le non remboursement d'un prêt d'argent ne peut pas être constitutif d'un abus de confiance, au motif que ce délit ne peut porter que sur des fonds remis à titre précaire[601]. Ce qui revient à dire que la propriété continue à primer sur celle de la foi contractuelle. Il faut donc distinguer le traitement fait des remises faites dans le cadre d'un contrat suivi d'une remise en propriété et non précaire, des contrats suivis d'une remise précaire.

549. Dans le premier type, il s'agit des contrats ayant pour objet des biens fongibles dont la jouissance a été transférée au bénéficiaire de la remise et des contrats de vente qui sont suivis d'une résolution pour non paiement du prix ou conclus sous condition résolutoire de revente. Au titre de ces contrats, on peut dénombrer le dépôt et le mandat. S'agissant du dépôt, la jurisprudence permet au banquier de disposer librement des fonds déposés à charge de restituer à l'échéance une somme équivalente. L'abus de confiance ne peut donc être retenu. Ce qui implique que l'institution financière puisse affecter les dépôts de la clientèle à des fins d'arbitrage. Le droit positif et l'aléa de moralité favorisent les opérations d'arbitrages. Toutefois, dans l'aléa de moralité, les institutions financières sont couvertes par les fonds de la collectivité. Ce qui suscite des interrogations sur le fait que les risques ainsi couverts par la collectivité ne lui sont d'aucun intérêt. Les critiques portant sur les opérations d'arbitrage relèvent donc des seules considérations morales.

[601] Crim., 14 février 2007, *AJ pénal 2007, p.275 obs. Y Muller, Dr. Pén. 2007, comm. 84, obs. M. Véron*

550. Les fraudes intéressant les opérations d'arbitrage peuvent porter sur les montants engagés dans ces opérations. Pour réaliser les opérations d'arbitrage, les opérateurs vont bénéficier de « lignes de crédit » indiquant les montants pouvant être engagés dans ces opérations. Ces lignes de crédit sont encore dans une large mesure fixées par les institutions elles-mêmes, en tenant compte des ratios de solvabilité. Le risque de fraude réside dans la possibilité d'un opérateur de ne pas respecter ses lignes de crédit, mais aussi pour l'institution financière de concevoir des montages permettant d'améliorer fictivement ses ratios de solvabilité.

551. Les produits dérivés sont des contrats dont l'objet découle de l'évolution d'autres produits qui peuvent être d'une part les titres financiers, et d'autre part les autres produits dérivés. L'une des raisons d'être de ces produits dérivés est de séparer le risque sur instrument (risque de position) du risque de crédit (risque de contrepartie) et de les faire supporter par des entités différentes. Pour apporter de la sécurité sur ce genre de contrat, il est mis en place un système dit « de marges » qui régit les modalités de mise en œuvre des contrats. Les parties versent un dépôt initial de marge ou « déposit » sur un compte ouvert pour la circonstance. La liquidité de ces produits est quant à elle favorisée par la standardisation des contrats sur la base de la limitation du nombre d'échéances, la limitation du nombre de décimales dans les prix, la fixation d'un montant unitaire en guise de quantité de sous-jacent en jeu dans le contrat, et la fixation d'un mode de livraison du sous-jacent. Les fraudes relatives à la conception des produits dérivés sont à rechercher dans le régime des obligations applicables à ce type de contrat, notamment dans leur objet.

552. Ces contrats intéressent l'objet de la prestation promise dans l'obligation qui lie les parties[602]. L'objet de la prestation doit être certain[603], c'est-à-dire possible, en plus des autres exigences posées par le Code civil. Or, l'une des spécificités des produits dérivés est qu'ils peuvent porter sur d'autres produits dérivés qui portent eux-mêmes déjà sur d'autres produits. La structure des produits dérivés est telle que finalement l'on peut être amené à se demander si cette « dérivation à l'infini » n'abouti pas à une disparition de l'objet du contrat. Le fait est que cette dérivation infinie porte sur un objet qui, à force de dérivation, n'est plus certain puisqu'il disparaît en cas d'exécution du premier contrat. Du coup, il devient important de se demander si ce processus de dérivation à l'infini n'est pas passible d'une qualification de fraude.

En outre, l'obligation sur laquelle porte le contrat créant le produit dérivé doit être un objet conforme à l'ordre public. Il est posé que l'on ne peut déroger par des conventions

[602] Article 1101 et 1126du Code civil
[603] Article 1108 du Code civil

particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs[604] . Ainsi, seules les choses qui sont dans le commerce peuvent être l'objet de convention[605] et, tout ce qui est dans le commerce peut être vendu lorsque des lois particulières n'en ont pas prohibé l'aliénation[606], pour ce qui est des contrats de vente. Toutes ces dispositions permettent d'identifier toutes les choses qui *sont hors du commerce juridique et hors du marché*[607]. Dans ce cadre, les produits dérivés pourraient être envisagés sous l'angle de l'illicéité de leur objet en considération de leur conformité à l'ordre « public économique » qui a vocation à protéger le fonctionnement des marchés et des investisseurs. Or, le bon fonctionnement des marchés consiste lui-même en une bonne allocation des ressources financières disponibles sur les marchés financiers et en la protection de l'épargne dont l'intégrité nécessite la prévention de la défaillance des établissements recevant des dépôts de sommes d'argent. Aussi, il peut être opportun de se demander s'il n'est pas nécessaire de poser ces fonctions du marché en des impératifs d'ordre public économique, impératifs contre lesquels les opérations de spéculations ne sauraient contrevenir.

II. Formation du Compliance officer

La formation du *Compliance officer* nécessite que dans un premier temps l'on définisse l'objet de la formation (1) et que cette formation s'inscrive dans le cadre d'une formation initiale (2).

1. L'objet de la formation

553. La criminalité financière tend de plus en plus à devenir une branche autonome des sciences criminelles. Son histoire, dont on peut situer les origines au début du dix-neuvième siècle, a d'abord consisté à la définir dans sa substance en posant les termes de son étiologie. C'est précisément la quête d'une appréhension substantielle de la criminalité financière qui a donné lieu à de nombreuses oscillations sémantiques. Celles-ci sont d'autant plus renforcées que les outils par lesquels se saisit la criminalité financière sont eux-mêmes de nature fortement diverses. Ainsi, les techniques des sciences de gestion, les adoucissements imaginés aux lois fiscales ou les innovations faisant fi de la préservation de la nature sont les matières à l'aune desquelles, jusqu'ici, certains auteurs sont arrivés à caractériser l'existence d'une « criminalité

[604] Article 6 du Code civil
[605] Article 1128 du Code civil
[606] Article 1598 du Code civil
[607] Yvaine BUFFELAN-LANORE, Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil « les obligations »*, 13e édition SIREY, Paris 2012, p.326

financière ». Ces matières, prises isolément ou cumulativement, ont ainsi participé à différentes désignations du crime financier telles que « *la délinquance des cols blancs* » ou plus récemment « *la délinquance financière* ». Les liens entre ces désignations résident principalement sur le fait que soit, les infractions ou les crimes auxquels renvoient ces groupes nominaux sont commis dans le cadre d'une entreprise, soit que ces infractions ou crimes sont commis par des individus ayant une maîtrise et une connaissance incontestables dans la pratique et le maniement des outils participant à la gestion d'une entreprise, à la réalisation d'une opération économique ou à la réalisation d'un procédé scientifique complexe. C'est en considération de ces différents critères que ces groupes de personnes ont été considérées comme ayant une certaine « position sociale ». Or, même si l'on pouvait prétendre que le consensus est établi sur les moyens sur lesquels devrait porter la formation contre les crimes financiers, la substance de ceux-ci n'est pas pour autant définitivement isolée ou plutôt la façon de saisir cette substance peut être affinée.

554. Dans son offre de formation, l'Université de Sherbrooke a mis en place une Chaire de recherche en « intégrité financière ». Aix-Marseille Université propose dans son offre de formation un Master professionnel dédié à la « prévention et la répression de la délinquance financière et de la criminalité organisée », tandis que les universités de Cergy Pontoise et de Strasbourg ont respectivement une Chaire en Droit et sécurité financière proposant un Master en droit pénal financier, pour la première, et un Master en droit des affaires spécialisé en lutte contre les fraudes et le blanchiment.

555. Bien que dans le fond de ces différentes formations l'on puisse intuitivement supposer qu'il est question d'offrir aux étudiants des techniques visant à combattre la criminalité financière, les intitulés même de ces formations sont révélateurs de ce que la façon d'appréhender la substance même de cette criminalité fait encore l'objet de recherche. En effet, il n'est pas rare que les formations contre la criminalité financière établissent une synonymie entre la sécurité financière et l'*intégrité financière*. Ces termes ne sont pas eux-mêmes plus porteurs de sens, tant les matières auxquelles elles renvoient l'imagination collective sont diverses. En ce sens, l'*intégrité financière*, ainsi usitée, correspond-elle aux mécanismes de protection contre la *délinquance des cols blancs ?* Inclue-t-elle la prévention contre le crime organisé ou la fraude fiscale ? Une réponse définitive à un tel questionnement ne saurait être apportée tant que la technique d'appréhension de la substance même de la criminalité financière n'aura pas été identifiée.

556. Partant, ces oscillations sémantiques permettent tout de même de constater un phénomène récurrent dans les crimes dits financiers, le rapport à des sommes d'argent ou plutôt à leur

circulation. De plus, les critères ayant justifié la désignation de « *délinquance des cols blancs* » ne suffisent pas à assimiler celle-ci à la criminalité financière. D'abord, l'entreprise, où a souvent lieu ce type de criminalité, quoiqu'étant la raison de nombreux flux financiers, est avant tout un lieu de vie. Même si, son objectif est de générer des flux d'argent, les crimes qui y ont lieu ne sont pas systématiquement d'ordre financier. Le 24 septembre 2012, la Cour d'appel de Toulouse condamna la société Grande Paroisse et son directeur d'alors, Serge Biechlin. Ce dernier fut notamment condamné à trois ans de prison ferme dont deux avec sursis, bien qu'il décidât de se pourvoir en cassation. La catastrophe de l'Usine AZF à Toulouse eut bien lieu dans une entreprise, des personnes d'une certaine situation sociale virent leur responsabilité engagée, pourtant il serait inopportun de conclure à un crime financier.

557. En France, les principales universités offrant une formation contre la criminalité financière sont globalement organisées suivant trois orientations. Ainsi, l'Université de Strasbourg forme contre la délinquance financière en insistant sur la connaissance du droit des affaires et de la matière pénale. L'Université de Cergy-Pontoise se spécialise plutôt dans la connaissance du fonctionnement des marchés financiers, essentiellement les marchés réglementés. Quant à Aix-Marseille Université, elle privilégie les escroqueries et les sciences criminelles. La connaissance de la gestion d'affaire et de la matière pénale reste donc l'élément essentiel de la formation des *Compliance officers.* La criminalité financière ainsi appréhendée ne suffit pourtant pas à former les *Compliance officer* l'ensemble des agressions dont est victime le système financier puisque ni les aspects économiques, ni les mécanismes ayant cours sur les marchés financiers ne sont abordés par ces formations.

2. Nécessité d'une formation initiale

558. Les montages frauduleux nécessitent souvent la collaboration de professionnels de la comptabilité, du droit ou de la finance, ceux-ci étant fortement rémunérés. Aussi, l'efficacité de la lutte contre la criminalité financière nécessite que les agents qui en ont la charge soient *« indépendants et autonomes »*. Mais surtout, il faut que les responsables à qui il incombe de lutter contre le crime financier soient complètement imprégnés de la culture inhérente à cette catégorie de crime. Les agents ainsi investis doivent disposer de tous les moyens techniques propres à combattre le crime financier. Certains auteurs préconisent que *« Les agents combattant le crime financier doivent être spécialisés dans les différentes techniques servant à la commission des crimes financiers*[608] *»*. Or, sur ce point, nous considérons que la rupture avec la perspective

[608] Jean Paul Philippe, Noel Pons, « *Il faut renforcer la lutte contre l'hydre de la criminalité financière* », Le Monde, mercredi 10 juillet 2013

légaliste, reposant sur un cloisonnement des disciplines, n'est pas actée. Aussi n'entendons-nous la spécialisation qu'en ce qu'elle consiste en un apprentissage de long terme des moyens de combattre les crimes financiers, et non pas la spécialisation dans une discipline particulière.

559. Noel Pons et Jean Paul Philippe soutiennent, à juste titre, que le crime financier « *ne se combat pas avec le seul Code pénal* ». Il nous paraît donc judicieux d'ajouter que le principe de légalité criminelle ne doit pas être un obstacle à un élargissement des compétences des personnels affectés à lutter contre les crimes financiers. Plutôt qu'une spécialisation des compétences, c'est une véritable culture, homogène et cohérente, construite autour d'un postulat communément admis qu'il importe de poser.
« *Le support de la réussite des investigations passe par la formation initiale incontournable* ». Les programmes de formation devraient en conséquence non pas se limiter aux domaines pénal, fiscal et procédurier, mais intégrer toute la logique de la circulation des obligations monétaires. La formation continue reste tout aussi indispensable car elle doit apporter « *les mises à niveau juridique ou technique* » et « *intégrer les résultats d'une veille effectuée sur la typologie des nouveaux montages élaborés par les conseils* ». Toute la filière de la lutte contre la criminalité financière doit « *être sensibilisée à l'évolution des techniques de fraude* ».

560. Les professionnels des marchés bancaires se complaisent à soutenir que « *la fixation des indices est d'une extrême complexité,* et *se prête mal à une réglementation universelle* ». C'est d'ailleurs en raison de cette prétendue complexité que les sanctions relatives à ce type de fraude sont encore souvent sous la seule compétence des autorités de régulation des marchés financiers. Ce qui implique qu'en réalité, le cloisonnement des disciplines et l'absence de culture homogène dans la lutte contre la criminalité financière sont les seules explications de la distance qu'il y a entre ce type de crime et la répression judiciaire. Le fait est que « *les magistrats et les jurés ont du mal à comprendre la novlangue financière, à l'exemple des credit default swaps, les contrats d'assurance sur une dette* ». L'explication réside non pas dans la complexité de ces matières, mais plutôt dans l'absence d'une culture homogène et cohérente, et d'un apprentissage conséquent, relatif à une logique de la circulation des obligations monétaires. Le fonctionnement de cette catégorie d'obligations permet de se saisir plus aisément de la circulation de la monnaie au sein des marchés financiers et créent le consensus avec les économistes et les gestionnaires. Est-il besoin de rappeler que la « masse monétaire » désigne les instruments négociables, les titres d'OPCVM monétaires (SICAV ou FCP) ainsi que les titres de créance d'une durée initiale égale à deux ans, émis par les institutions financières et monétaires ? L'appréhension de la substance de la monnaie par les professionnels de la lutte contre le crime doit se faire sous toutes ses manifestations, même les plus « complexes ».

561. Dans l'affaire dite « Kerviel », il fut établi que le *trader* avait pris des positions spéculatives sur des indices boursiers européens à hauteur de 5 milliards d'euros, alors même que les opérations de spéculation, notamment directionnelles, lui étaient interdites. Jérôme Kerviel était engagé par la Société générale sur des activités d'arbitrage à faible risque en tant que *trader* junior. Un *Compliance officer* aurait-il été capable de découvrir la fraude de Jérôme Kerviel ? Pour quelles raisons le système de contrôle interne n'a-t-il pas détecté à temps la fraude de Jérôme Kerviel ?

562. En fait, le desk auquel appartenait le *trader* Kerviel comptait 8 *trader*s et était soumis à une limite de *trading* quotidien. Le *trader* mit en place un stratagème permettant d'annuler les transactions qu'il réalisait frauduleusement. Bien que son supérieur hiérarchique, le *back* et le *middle office* effectuassent des contrôles sur les limites, ils ne virent pas les dépassements du *trader*. Celui-ci se voit fixer *ex ante* des objectifs qu'il peut raisonnablement atteindre. Ces objectifs sont comparés *ex post* aux résultats effectifs réalisés par le *trader*. La comparaison des résultats réels avec les objectifs permet de contrôler les éventuels dépassements des limites fixées. Par ailleurs, la taille des positions prises par les *trader*s conduit à des mouvements de *cash*, puisque ces positions impliquent que des garanties soient constituées et que la banque réponde ultérieurement aux appels de marge. Ainsi, le *back office* s'assure quotidiennement des décaissements faits envers chaque chambre de compensation. Les flux de trésorerie de l'activité des *trader*s constituent un autre indice des fraudes éventuelles.

563. Outre les contrôles externes, la chambre de compensation peut interroger la banque sur la nature et les motivations de certaines positions, des signaux externes peuvent aider à détecter les fraudes des *trader*s. Mais, les fraudes du *trader* de la Société générale furent réalisées grâce au renouvellement continu de transactions fictives, qu'il combinait avec des contrats à terme de gré-à-gré sur les indices boursiers, afin d'éviter de créer des flux de trésorerie. Le *back office* concentrant son contrôle sur les comptes de résultats et non sur les tableaux de flux de trésorerie, les transactions du *trader* pouvaient être dissimulées.

564. Le *back office* confirme les transactions réalisées par le *trader* en traitant les opérations inscrites dans un journal quotidien et en s'enquérant des notes d'opérations rédigées par le *trader*. Ainsi, le *back office* peut vérifier l'authenticité et l'exactitude des transactions des *trader*s. La confirmation indépendante du back office est un élément essentiel aux contrôles des activités de trading. Le middle office et le département des risques peuvent quant à eux calculer les gains et les pertes tout en les comparant aux limites de trading préalablement fixées, ce qui constituent un autre niveau de contrôle. La chaîne de contrôle met plus souvent l'accent sur le compte de

résultat plutôt que sur les tableaux de flux de trésorerie. Ce qui exclut d'emblée les transactions de gré-à-gré qui ne sont pas soumises à la constitution de garanties et dont les *cash flows* ne sont donc pas suivis. Le *trader* Kerviel n'était pas autorisé à dépasser les limites de *trading* quotidien. La réconciliation des positions ouvertes avec la chambre de compensation aurait pu permettre de valider le suivi interne avec des sources externes indépendantes.

565. Les professionnels visés à l'article L.561-2 du Code monétaire et financier sont tenus d'effectuer une déclaration de soupçon à Tracfin dans les cas repris à l'article L 561-15 du Code monétaire et financier. Ils ont l'obligation de déclarer au service les sommes ou opérations dont ils « *savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou participent au financement du terrorisme* ». L'obligation de déclaration de soupçon intéresse également les « opérations ». Il ne s'agit donc pas toujours des seules sommes d'argent, les opérations les mettant en mouvements peuvent elles aussi faire l'objet de déclaration de soupçon à Tracfin. En outre, il n'est pas nécessaire que les opérations faisant ainsi l'objet de soupçons aient préalablement fait l'objet d'une condamnation, puisque le soupçon repose sur le fait que l'opération soit « passible » d'une peine privative de liberté supérieure à un an. La sanction pénale sur la transaction à l'origine de l'opération objet de soupçon n'est donc pas un préalable à la déclaration de soupçon faite à Tracfin.

566. Les fraudes mises en œuvre par le *trader* Kerviel sont pour la plupart des mensonges passibles de la qualification de faux. En effet, la qualification de faux peut être retenue en cas de falsification d'un « *écrit ou tout autre support d'expression de la pensée* » pouvant produire des conséquences juridiques car ayant une valeur probatoire. Dans ses manœuvres frauduleuses, le *trader* Kerviel enregistrait des paires d'opérations fictives pour créer des pertes ou des gains fictifs en fonctions des circonstances. Pour que ces opérations fictives soient confirmées par la contrepartie, Kerviel rédige des e-mails faussement attribués à la Banque Baader, qui était enregistrée comme contrepartie, et à la Deutsche Bank. Ces faux e-mails avaient vocation à confirmer certaines transactions.

567. Les échanges et les communications entre les établissements bancaires se font pour la plupart sous forme électronique, tant la place de l'informatique y est devenue indispensable. La fabrication de faux e-mails visant à confirmer des transactions est à elle seule passible d'une peine d'au moins trois ans de prison. Sur le fondement du seul soupçon de faux, le *Compliance officer* aurait pu être compétent pour établir une déclaration de soupçon. Mais, le contrôle des opérations sur les marchés financiers requiert une compétence technique, en plus de la compétence légale. Or, l'interprétation littérale de l'article 324-1 du Code pénale donne lieu à une

mise en œuvre de la lute anti blanchiment qui réduit celle-ci à l'identification des bénéficiaires effectifs et de l'origine des sommes d'argent. Entendue ainsi, la LAB ne permet pas au *Compliance officer* de s'intéresser aux montages financiers qui trouvent leur origine au sein même de la banque, la responsabilité du contrôle de ce type d'opération étant laissée aux services d'audit et de gestion des risques (opérationnels ou de marchés).

Ensuite, la prégnance du courant légaliste de la LAB conduit souvent les *Compliance officer* à assimiler la notion de complexité, qui est l'un des critères donnant lieu à une déclaration de soupçon, à celle d'inintelligibilité. Sur ce fondement, les opérations douteuses sont quelques fois déclarées non pas parce que leur montage aurait pu donner lieu à une alternative plus simple et plus efficace, mais plutôt parce que la structure de leur montage paraît « inintelligible » et inaccessible au *Compliance officer*. Dans le doute, ce dernier choisit donc souvent de faire procéder à une déclaration de soupçon. Bien que cette attitude traduise la « lettre » de l'article 324-1 du Code pénal, elle n'est pas complètement significative de « l'esprit » qui devrait prévaloir dans sa mise en œuvre.

Par ailleurs, la maîtrise de la gestion des risques, du fonctionnement de certaines opérations sur les marchés dérivés ou simplement l'accès à l'information sur les opérations de marché à des moments opportuns ne font pas partie des attributions du *Compliance officer*. Le fait est que l'interprétation strictement littérale de la loi contre le blanchiment des capitaux a conduit les institutions financières à confiner les *Compliance officer* à la détection des opérations ayant une origine criminelle, alors même que le *Compliance officer* fait partie des personnels affectés au contrôle interne et à la gestion des risques de non-conformité. A ce titre, le *Compliance officer* devrait, en raison de ses missions de contrôles, avoir des compétences sur l'ensemble des activités de l'institution financière.

Mais, ni les recrutements effectués par les banques, ni les formations universitaires n'intègrent la perspective des risques financiers ou des fraudes pouvant avoir lieu à l'occasion des opérations sur les marchés financiers dans les compétences du *Compliance officer,* alors que celui-ci du fait de ses attributions légales constitue une source de contrôle supplémentaire. Les fraudes ayant lieu sur les marchés financiers, du fait de leur degré de technicité, mais surtout à cause de la réduction du champ de compétence du *Compliance officer*, paraissent ainsi éloignées de ses compétences. Ces dernières ne peuvent efficacement être acquises qu'à l'occasion d'une réelle formation initiale intégrant la notion d'intégrité financière. A partir de cette notion, la formation du *Compliance officer* devrait consister en l'acquisition d'aptitudes propres à la détection de la fraude, en plus de l'apprentissage du dispositif pénal réprimant la criminalité financière.

Conclusion titre 2

568. La gestion des risques au sein des institutions financières implique à la fois une atteinte des objectifs de rentabilité et le maintien de l'*intégrité* de l'activité dans son milieu d'exploitation. La communication de nombreuses structures est d'ailleurs orientée en fonction des risques perçus par le public. Le *risque* était appréhendé sous deux différents aspects : le risque juridique et le risque financier. Pour les juristes, le risque est la *conjonction d'une norme juridique et d'un événement*. Dans le même temps, la gestion des risques financiers a continué d'être confiée à la direction des risques. Celle-ci avait vocation à identifier et évaluer les risques financiers afin de mettre en place des procédures de couverture ou de gestion des risques. Avec la réglementation lutte anti blanchiment et les évolutions en matière de gestion du risque, on assiste peu à peu à un rapprochement de ces directions, dans l'organigramme de nombreuses institutions financières.

569. Le contrôle de la gestion des risques par les établissements et intermédiaires financiers permet au régulateur de s'assurer du maintien de la *stabilité* et de l'*intégrité* du système financier. Le blanchiment des capitaux, par les sanctions qu'il entraîne, est géré comme un risque par les institutions financières. Les qualités opératoires de la notion d'intégrité financière sont partiellement mises en œuvre dans la gestion du risque de blanchiment. Les dispositifs de lutte anti blanchiment ne visent plus simplement la détection d'opérations suspectes, mais aussi la protection des différents directeurs afin de mettre ceux-ci et la banque toute entière à l'abri d'une sanction pénale. Les professionnels de la lutte anti blanchiment sont amenés à effectuer des arbitrages entre la rentabilité que présentent une potentielle relation d'affaire et une éventuelle perte à l'occasion de la transgression de la réglementation, due à une telle relation.
Compte tenu de l'organisation des réseaux criminels, les banques ont alors envisagé une évolution des profils dédiés à la lutte anti blanchiment. La culture voulue dans la lutte anti blanchiment correspond en réalité à un paradigme ou un ensemble de postulats donnant à la lutte anti blanchiment à la fois son homogénéité et les repères à partir desquels les outils, notamment informatiques, peuvent être conçus. La construction d'une véritable culture LAB reste à définir et le foisonnement d'outils informatiques, loin de témoigner d'une intégration stratégique définitive de la LAB dans l'organisation, est réellement manifeste d'un alibi justifiant d'une obligation de moyens.

570. Le blanchiment fait courir à la banque un risque de réputation. Le risque de réputation, encore appelé risque d'image, correspond à une publicité négative relative à la conduite des affaires ainsi qu'aux relations entretenues par un établissement. Ce risque de réputation peut

porter atteinte à la confiance dans l'intégrité de l'établissement. L'impact que peut avoir une mauvaise gestion du risque réputationnel plaide en faveur du service LAB.

571. Les différentes approches du risque de blanchiment sont, dans une certaine mesure, significatives d'un manque de paradigme dans la lutte anti blanchiment. L'absence de paradigme dans la LAB tient à ceci qu'elle est une fonction relativement jeune au sein des institutions financières. La fonction d'un gestionnaire des risques de blanchiment révèle que cette fonction est encore perfectible afin de mieux lutter contre la criminalité financière. Le poste de *Compliance officer* doit pouvoir posséder une connaissance subtile de la gestion des risques financiers et des risques juridiques. Ce qui signifie que le *Compliance officer* doive avoir une bonne culture des risques en plus de la culture juridique. Or, les risques financiers ne font pas partie de la formation des *Compliance officer*. Ce qui entraîne que ceux-ci envisagent prioritairement dans leurs analyses les questions liées à la corruption internationale et à la sécurité juridique.

La définition du champ des fraudes à détecter manque de netteté puisque les fraudes concernent souvent les seuls secteurs de l'économie réelle et des marchés financiers réglementés. Les aspects liés à la couverture des risques et à la recherche des financements semblent être ignorés des *Compliance officers*. C'est pourtant ces derniers qui devraient pouvoir s'intéresser aux fraudes liées à la couverture des risques, mais ils n'en ont ni la compétence légale ni la compétence technique.

572. La criminalité financière tend de plus en plus à devenir une branche autonome des sciences criminelles. C'est la quête d'une appréhension substantielle de la criminalité financière qui a donné lieu à de nombreuses oscillations sémantiques. Celles-ci permettent tout de même de constater un phénomène récurrent dans les crimes dits financiers, le rapport à des sommes d'argent ou plutôt à leur circulation. L'efficacité de la lutte contre la criminalité financière nécessite que les agents qui en ont la charge soient « *indépendants et autonomes* » et que les responsables à qui il incombe de lutter contre le crime financier soient complètement imprégnés de la culture inhérente à cette catégorie de lutte.

573. Le principe de légalité criminelle ne doit pas être un obstacle à un élargissement des compétences des personnels affectés à lutter contre les crimes financiers. Plutôt qu'une spécialisation des compétences, c'est une véritable culture, homogène et cohérente, construite autour d'un postulat communément admis qu'il importe de poser. Le cloisonnement des disciplines et l'absence de culture homogène dans la lutte contre la criminalité financière sont les seules explications de la distance qu'il y a entre ce type de crime et la répression judiciaire.

L’explication réside non pas dans la complexité de ces matières, mais plutôt dans l’absence d’une culture homogène et cohérente, et d’un apprentissage conséquent, relatif à une logique de la circulation des obligations monétaires.

Conclusion deuxième partie

574. L'Ordonnance n°2009-104 du 30 janvier 2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme transpose en droit français la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil. Ces deux normes constituent le dispositif légal à partir duquel s'organisent les missions du *Compliance officer*. Plus globalement, ces normes s'inscrivent dans le cadre de la lutte contre la criminalité financière, avec la spécificité de protéger le système financier. La lutte contre la criminalité financière implique préalablement qu'il y ait une valeur, dite financière, qui soit identifiée et qu'il importe de protéger. Cette valeur consiste en la circulation légitime de la monnaie et des obligations monétaires. Posée ainsi, on peut observer que l'intégrité financière ne correspond pas avec la représentation que s'en fait le sens commun. D'où il importe de montrer que le vocable « intégrité financière » désignant la protection de la circulation de la monnaie et des obligations monétaires, revêt une certaine utilité sociale. Celle-ci consiste dans un premier temps à organiser les réponses posées par la criminalité financière. À ce titre, l'intégrité financière permet de circonscrire l'objet de la recherche anti criminelle, en matière de délinquance financière.

En effet, la partie des sciences criminelles intéressées par la criminalité financière appréhende celle-ci à travers le principe de légalité criminelle. Ce qui entraîne que le crime financier correspond essentiellement aux infractions posées par la norme pénale. La conséquence de cette approche légaliste est que la recherche concernant la criminalité financière s'est principalement portée sur les spécificités psychosociales des auteurs de crimes financiers. Cette approche légaliste est la méthode par laquelle les enseignements relatifs à la criminalité financière sont appréhendés. Cette appréhension légaliste de la criminalité financière est à l'origine d'un cloisonnement des disciplines y relatives, atténuant l'efficacité des dispositifs de combat et de prévention contre le crime financier. En fait, les corps de métiers affectés à la lutte contre le crime financier ne disposent ni des mêmes outils conceptuels, ni d'une culture homogène qui serait propre à ces métiers. Chacun des groupes d'agents luttant contre le crime financier se fait une représentation propre de la criminalité financière en fonction des cursus de formation. Les disciplines participant à circonscrire la criminalité financière étant cloisonnées, il y a autant de cultures luttant contre le crime financier qu'il y a de disciplines. De plus, la matière pénale étant la principale substance de la perspective légaliste, la formation contre le crime financier se trouve réduit à l'apprentissage des incriminations légales.

575. Avec la notion d'intégrité financière, c'est l'ensemble de la circulation de la monnaie et des obligations monétaires qui constitue l'objet de la recherche anti criminelle en matière financière. Sous cette perspective, la recherche porte prioritairement sur les techniques de

transfert des fonds et des obligations monétaires. Les formations visant à combattre et à prévenir le crime financier mobilisent ainsi un ensemble de disciplines participant à la fois des sciences juridiques et économiques. Sous cette perspective, les agents affectés à la lutte contre la criminalité financière pourraient construire une culture homogène, commune aux métiers en charge de la lutte contre la criminalité financière. Cette culture commune tiendrait d'un décloisonnement des disciplines entrant dans la formation contre le crime financier et de la construction d'un ensemble d'outils partagés par cette catégorie de professionnels. La formation à la protection de la circulation de la monnaie et des obligations monétaires privilégierait donc l'aptitude à la compréhension des mécanismes de transfert des fonds, plutôt que l'apprentissage de la matière ou du dispositif pénal. La perspective moraliste, qui privilégie la nature circulatoire des objets et des signes monétaires, impliquerait ainsi une complémentarité avec l'apprentissage du dispositif pénal.

Cependant, envisager la criminalité financière sous le prisme de la circulation de la monnaie peut susciter des interrogations dans la mesure où, désignée par le vocable « intégrité financière », la nature circulatoire de la monnaie ne semble pas faire partie des préoccupations ou des thèmes de recherche en matière économique ou juridique. Certes, l'intégrité de la circulation de la monnaie n'est pas explicitement posé sous le vocable « intégrité financière », il n'en demeure pas moins que la valeur désignée par ce vocable constitue l'une des préoccupations essentielles des arts de la société, notamment pendant les périodes de crises. La récurrence de celles-ci a d'ailleurs conduit à interroger sur l'efficacité de la fonction de *Compliance officer*, dont les missions ont pour objet de protéger l'intégrité du système financier contre les fonds d'origine ou à destination criminelle.

576. On peut noter que la fonction de *Compliance officer* met partiellement en œuvre la notion d'intégrité financière. Le fait est que les missions de cet agent en charge de la lutte contre la criminalité financière au sein des établissements bancaires consistent d'une part à identifier les circuits au sein desquels circulent les objets monétaires et à les préserver des fonds issus du crime ; et d'autre part, le *Compliance officer* ne combat que le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme qui sont des infractions n'intéressant que les stricts objets monétaires.

577. La notion d'intégrité financière pourrait efficacement aider à gérer le risque de blanchiment. En fait, la diversité des profils affectés à la gestion du risque de blanchiment crée une pluralité d'appréhensions de la notion de risque. Cette multitude d'approche du risque génère des conflits au sein des services en charge de la LAB et retarde d'autant la conception d'outils spécifiques aux missions du *Compliance officer*. Mais, la mosaïque des cultures participant à la

gestion du risque de blanchiment tient son explication dans la jeunesse de la profession de *Compliance officer*. Celle-ci doit encore construire son cadre conceptuel qui pourrait dépasser la seule connaissance du cadre légal des affaires et poser la notion d'intégrité financière comme le paradigme devant organiser l'ensemble de la lutte contre la criminalité financière. Ce qui permettrait au *Compliance officer* de développer des compétences à même de détecter et de prévenir toutes les formes d'atteintes contre l'ensemble du système financier. Pour ce faire, la culture et les outils du *Compliance officer* devraient être conçus et enseignés dans le cadre d'une formation initiale s'étendant sur un cycle d'au moins quatre ans consistant en un apprentissage plus large des moyens de lutte contre la criminalité financière.

Conclusion générale

578. La masse monétaire désigne la monnaie fiduciaire, la monnaie scripturale et certains titres financiers. La monnaie ainsi constituée circule d'une part grâce à sa structure faite d'unité de valeur et d'unité de paiement. Et d'autre part, grâce à la confiance garantie par l'action des autorités. Les unités de valeur permettent d'étalonner les biens et les prestations objets des échanges, et les unités de paiement permettent d'éteindre les dettes nées à l'occasion des obligations dues aux échanges. Ce sont précisément ces unités de paiement qui permettent à la monnaie, dans son fonctionnement intrinsèque de circuler.

579. La confiance du public dans la monnaie est une condition *sine qua non* à la circulation de la monnaie. Cette confiance est garantie par l'action de l'État. Ce dernier s'est approprié le monopole d'émission de la monnaie fiduciaire (billets et pièces) et interdit toute forme d'imitation ou de falsification de ladite monnaie. Le droit de battre monnaie est ainsi reconnu aux seules institutions de l'État habilitées à cette fin. Cependant, la monnaie scripturale n'est pas d'émanation étatique. La monnaie scripturale est créée par les acteurs privés, les banques, à l'occasion des crédits accordés au public. L'État ne contrôle pas la création de la monnaie fiduciaire, il ne peut qu'en influencer la quantité à travers des opérations d'*open market* ou en faisant varier le taux de refinancement des banques sur le marché interbancaire.

580. La monnaie existe également sous la forme de titres financiers. Ceux-ci sont eux-mêmes représentatifs de contrats matérialisant les obligations nées à l'occasion des échanges économiques. Les valeurs mobilières représentent la forme la plus courante des obligations qui naissent sur les marchés financiers. Les obligations ont une valeur économique qui leur permet de circuler d'un patrimoine à un autre. À l'actif du patrimoine, ces obligations sont constitutives d'une créance, tandis qu'au passif du patrimoine elles représentent des dettes. C'est à l'occasion de l'extinction des dettes ou de la cession des créances que les obligations circulent. La circulation des obligations est rendue possible par la confiance, la protection des investisseurs et la transparence qui président aux échanges sur les marchés financiers.

581. La circulation de la monnaie ainsi que celle des obligations est favorisée par les protections posées par la norme pénale. Celle-ci protège à la fois le patrimoine des personnes dans lequel sont transférés les signes et les obligations monétaires. La protection des signes monétaires reposent sur la protection du droit de battre monnaie qui est un des éléments manifestant la souveraineté de l'État et sur la protection de la monnaie fiduciaire contre toute forme de falsification. La norme pénale protège le patrimoine des personnes en posant la

protection du droit réel de propriété. A ce titre, la matière pénale incrimine les atteintes au patrimoine des personnes faites en violation de leur volonté ou de leur liberté de consentement.

582. La norme pénale définit également un patrimoine social qui appartient aux personnes morales. La gestion de ces personnes doit se faire en respectant le principe prohibant la confusion des intérêts. Cette prohibition veut que la personne gérant une personne morale ne confonde pas le patrimoine ou les intérêts de cette personne morale avec les siens propres, et ce que la personne morale soit dans une situation saine ou en difficulté. Ensuite, la norme pénale pose les conditions de la transparence en protégeant les informations fondant la création et la circulation des obligations. Pour ce faire, la norme pénale protège le monopole du contrôle légal reconnu au CAC ainsi que les conditions de diffusion des informations sur les marchés financiers.

583. Le monopole du contrôle légal des informations implique que le CAC qui a accès et qui valide ou infirme les informations auxquelles il a accès à l'occasion de ses missions dans les sociétés, accomplisse celles-ci en respectant un certain nombre de compatibilités nécessaires à la conduite des missions de contrôleur légal, et respecte l'utilité et la sensibilité de certaines informations. Aussi, existe-il des informations qui sont interdites au CAC. Celui-ci ne doit pas divulguer les informations participant au secret professionnel, il ne doit pas diffuser des informations fausses et a l'obligation de dénoncer les opérations frauduleuses ou les infractions qu'il aurait découvertes à l'occasion de ses missions, au Procureur de la République.

584. Sur les marchés financiers, la norme pénale protège le traitement de l'information participant à la circulation des titres financiers. A ce titre, la norme pénale incrimine la diffusion d'informations fausses ou la divulgation d'informations privilégiées sur les marchés réglementés. La norme pénale pose ainsi un régime protégeant la circulation de la monnaie et celle des obligations. Ce qui aboutit à l'identification des objets obligataires et monétaires ainsi qu'à leur régime juridique. On en vient ainsi à poser que la protection de la circulation de la monnaie et des obligations pécuniaires définit la notion d'*intégrité financière.* En d'autres termes, l'intégrité financière consiste en la protection de la circulation des différentes formes monétaires. La protection ainsi posée implique aussi bien la protection de l'intégrité du patrimoine d'où part la monnaie que les conditions dans lesquelles le transfert de la monnaie est réalisé. Cependant, cette définition de l'*intégrité financière* ne correspond pas à ce que renvoie le sens commun. L'imagination collective associe immédiatement l'*intégrité financière* aux « scandales financiers » et aux faits de corruption ou de fraudes fiscales. Or, une appréhension moraliste des faits ainsi condamnés par la collectivité montre que ceux-ci ne sont incriminés que parce que leur existence est le fait d'une circulation anormale des signes monétaires. La circulation est dite

anormale dès lors qu'il n'y a pas d'intérêt légitime dans la circulation de la monnaie, soit que les conditions d'imputations au patrimoine de départ contreviennent aux conventions sociales, soit que la destination ou les conditions de la réalisation de la monnaie ainsi transférée contreviennent elles aussi aux valeurs de la collectivité.

585. Les scandales, les malversations et autres fraudes financières sont souvent associés à la criminalité financière. À ce titre, le terme « *intégrité financière* » n'apparaît pas dans les représentations de la collectivité, alors même que celle-ci est en quête permanente d'une valeur sociale désignée par le vocable « intégrité financière ». L'apparente absence d'un concept d'intégrité financière ne s'explique que parce que les qualités opératoires d'une telle notion n'ont pas encore été nettement circonscrites dans le cadre de la lutte contre la criminalité financière. En fait, dans la recherche en matière de criminalité financière, la pertinence d'une notion d'intégrité financière n'a pas encore été interrogée. Ainsi, la recherche anti criminelle définit la criminalité financière sous une perspective légaliste. Cette approche consiste à définir la criminalité financière en décrivant les processus criminels par l'environnement et les caractères psychosociaux des auteurs d'infractions. La conséquence d'une telle approche est qu'il existe autant de genres de crimes financiers qu'il y a de catégories sociales d'auteurs de crimes.

586. L'enseignement, encore embryonnaire, de la criminalité financière se trouve éclaté en autant de disciplines qu'il y a de catégories de patrimoines affectés. Ce même enseignement de la criminalité financière, sous la perspective légaliste, se fait par un apprentissage, de façon cloisonnée, des différentes formes de crimes financiers, entraînant que la prévention ou le combat contre ceux-ci se font par des professionnels nécessairement spécialistes des différentes catégories des crimes ainsi identifiés. La perspective légaliste crée un cloisonnement ou une compartimentation des moyens propres à combattre le crime financier, diluant de la sorte l'efficacité desdits moyens et crée des groupes de « culture » hétérogènes au sein des professionnels en charge de la lutte contre le crime financier.

587. En prenant la notion d'intégrité financière comme postulat devant organiser la lutte contre le crime financier, on se situe dans une perspective moraliste ou objectiviste, qui ne s'intéresse qu'à la circulation de la monnaie et des obligations pécuniaires. Sous cette perspective, il s'agit de compléter la perspective légaliste en considérant que l'apprentissage de la lutte contre la criminalité financière doit également se faire sous le prisme des atteintes à la circulation sociale des objets et des obligations monétaires. Cette perspective dite moraliste permet de décloisonner les disciplines entrant dans l'enseignement de la criminalité financière et de les appréhender comme le tout participant à la circulation de la monnaie et des obligations monétaires. Sous une

telle approche, les professionnels de la lutte contre le crime financier pourraient disposer d'outils conceptuels communs, permettant de construire des paradigmes et une culture partagés par les professionnels en charge du combat contre le crime financier.

588. La recherche anti criminelle trouverait donc un intérêt à adopter la notion d'intégrité financière à double titre. D'une part, elle désigne une réalité que la collectivité recherche en permanence, mais qu'elle n'identifie qu'intuitivement. D'autre part, l'intégrité financière s'accommode aisément des autres problématiques des sciences juridiques et économiques relatives aux innovations, à la croissance ou au développement, en se posant comme un facteur mélioratif. Ainsi, la condition d'intégrité financière signifie que les innovations financières se fassent en respectant la légitimité des destinations et des conditions de circulation de la monnaie, eu égard aux valeurs de la collectivité. Concernant la croissance, l'intégrité financière se pose comme l'un des éléments participant aux conditions de la stabilité du système financier, mais aussi comme l'une des caractéristiques du développement juridique d'une économie.

589. Le *Compliance officer* est l'un des professionnels de la lutte contre le crime qui expérimente le plus la notion d'intégrité financière. Dans ce cadre, l'incrimination du blanchiment ne doit pas être perçue comme un fait social négatif, mais comme l'incrimination d'une technique de transfert en raison de l'origine illicite de la monnaie dont elle assure l'entrée dans un patrimoine. Ainsi, la lutte contre le blanchiment se caractérise essentiellement par la traçabilité des informations permettant de mettre en évidence le circuit parcouru par l'argent issu du crime. En outre, le blanchiment ne concerne exclusivement que la circulation de la monnaie.

590. La fonction de *Compliance officer* est relativement jeune par rapport aux autres fonctions des institutions financières. La perspective légaliste de la criminalité financière fait que les missions du *Compliance officer* ne sont pas nettement définies, quant à la nature des fraudes qui doivent faire ou non l'objet d'une déclaration de soupçon. Ainsi, seules opérations de financement de l'économie réelle donnent souvent lieu à des déclarations de soupçons. Ce qui peut mener à croire que les opérations ayant lieu sur les seuls marchés financiers ne peuvent pas faire l'objet d'opération de blanchiment, alors que l'actualité des scandales financiers convainc de la nécessité de détecter les opérations de blanchiments sur les marchés de capitaux.

591. L'explication de la réduction du champ des déclarations faites par les *Compliance officer* tient dans des raisons culturelles et de compétence. En fait, la gestion du risque de blanchiment est une fonction récente dans les établissements bancaires. Les professionnels en charge de cette mission ont des parcours divers qui n'ont en commun que la seule familiarité avec les fraudes intéressant le financement de l'économie réelle. En outre, cette profession est encore entrain de

concevoir les outils devant participer à l'organisation des missions du *Compliance officer*. La diversité des profils crée ainsi un manque de cohérence et d'homogénéité dans le discours du *Compliance officer,* qui ne peut reposer, la plupart du temps, que sur des convictions personnelles ou sur des révélations médiatiques.

592. La brièveté de la formation du *Compliance officer* entraîne également que le champ des fraudes à détecter n'est pas véritablement étendu aux montages financiers, qui sont réputés complexes. Mais, cette organisation de la lutte anti blanchiment est due à cette perspective légaliste qui cloisonne l'enseignement des disciplines à même de cerner la criminalité financière dans sa globalité. Cette perspective légaliste explique également le défaut d'homogénéité culturelle qui prévaut au sein de la profession de *Compliance officer* puisque les effectifs en charge de cette mission ont pour la plupart des parcours de formations dans des disciplines différentes ayant des cultures propres. Cette mosaïque des cultures n'est d'ailleurs pas sans être à l'origine de conflits dans la profession.

593. Sous la perspective moraliste, l'intégrité financière s'appréhende sous l'angle de la circulation de la monnaie et des obligations pécuniaires. Ce qui permettrait aux *Compliance officers* d'avoir une approche plus complète de la criminalité financière qui engloberait aussi bien les montages financiers à destination de l'économie réelle que ceux ayant lieu au sein même des seuls marchés financiers. Par ailleurs, la durée de l'apprentissage des matières relatives à la lutte contre la criminalité financière peut efficacement contribuer à l'émergence d'une culture homogène au sein de la communauté des *Compliance officer,* puisque c'est à l'occasion d'une formation initiale d'une durée raisonnable que le professionnel en charge de la détection des fraudes financières acquiert la maîtrise, les réflexes et un discours cohérent propre à sa profession.

594. La jeunesse de la fonction de *Compliance officer* a fait que les universités privilégient dans leur programme de formation les aspects comptables et pénaux de la criminalité financière. Quoique d'une efficacité relative, cette approche a réduit le champ de compétence des *Compliance officer* qui sont plus efficaces sur la détection des fraudes liées aux transactions commerciales, à la corruption ou à la fiscalité, tandis que les montages frauduleux qui ont lieux sur les marchés financiers, notamment sur les opérations de couverture des risques, leurs échappent encore.

595. Il serait aisé de penser que la déclaration de soupçon intéressant en premier lieu les produits issus du crime et les fonds finançant le terrorisme, les montages frauduleux sur les marchés dérivés ou sur tous les autres produits financiers n'entrent pas dans le champ de

compétence du *Compliance officer*. Or, la structuration des produits dérivés et des titres financiers peuvent donner lieu à des montages frauduleux. Ce qui présume qu'une opération de blanchiment peut faire suite au montage frauduleux ainsi caractérisé. Ensuite, les titres financiers peuvent eux-mêmes être d'excellents outils de blanchiments de capitaux. Ce qui implique que les montages frauduleux sur les marchés financiers intéressent également la déclaration de soupçon du *Compliance officer*, à condition que celui-ci ait les compétences techniques permettant de les détecter. Il faudrait donc étendre le champ des compétences techniques du *Compliance officer* et redéfinir la nature des fraudes qu'il peut être amené à déclarer.

Par ailleurs, Le CAC, qui a accès aux informations confidentielles des sociétés, est également tenu de dénoncer au Procureur de la République les infractions qu'il peut découvrir dans le cadre de ses missions de contrôleur légal. Il peut donc accessoirement être un acteur de la lutte contre la criminalité financière, en raison des compétences qui sont les siennes.

596. Le renforcement de la lutte contre la criminalité financière peut être envisagé par une collaboration entre le CAC et le *Compliance officer*. Une telle collaboration peut être judicieuse pour deux raisons. Le CAC peut avoir des échanges directs et confidentiels avec le *Compliance officer* de l'institution financière gérant les comptes de la société dont le CAC est le contrôleur légal. En cas de soupçon de fraude portant sur un montage financier complexe, le CAC et le *Compliance officer* n'auront qu'à coopérer afin d'arriver à caractériser la fraude ainsi que l'opportunité d'une déclaration de soupçon. Cette collaboration permet ainsi au *Compliance officer* de bénéficier de l'expertise du CAC, qui est souvent un expert comptable. De même, le CAC bénéficie de la facilité d'action du *Compliance officer* qui peut faire une déclaration sur la base des seuls soupçons qu'il peut avoir. Bien entendu, la collaboration entre le CAC et le *Compliance officer* devra faire l'objet d'un encadrement strict en raison du secret professionnel qui caractérise les deux professions.

597. Tommaso Padao-Schioppa, ancien ministre des finances et banquier central italien, affirmait que même en matière de finance « *la complexité n'est jamais trop grande pour être ramenée à la simplicité (...), il s'agit d'un principe démocratique et de responsabilité* ». L'extension du champ des compétences du *Compliance officer* peut se heurter au discours mystificateur de la complexité des montages financiers, mais la prise en compte de la lutte contre la criminalité financière comme une discipline autonome, au même titre que le droit financier ou le droit fiscal, ainsi que la mise en place d'une formation initiale contribueront à dépasser la « complexité » si souvent érigée en obstacle à la détection des fraudes de structuration. La prise en compte de la criminalité financière dans l'enseignement des sciences économiques ou de

gestion peut être un facteur aidant à poser la criminalité financière comme un champ à explorer par les chercheurs.

598. L'étude des matières pénales et criminelles reste le socle à défaut duquel les enseignements contre la criminalité ne sauraient être appréhendés. Toutefois, l'efficacité de la matière pénale dans la formation contre la criminalité financière nécessite que le raffinement de la norme pénale aille dans le sens d'une spécialisation dépassant le cadre du Droit pénal des affaires afin d'aboutir à une notion plus fine d'intégrité financière. On peut noter que de façon globale, outre certains aspects d'un droit pénal spécial technique, la norme pénale s'intéresse à la personne et aux biens. À ce titre, on observe qu'il existe des champs de la norme pénale dédiés respectivement à l'étude de l'intégrité physique et morale de la personne, au même titre qu'il existe une étude consacrée à l'intégrité des biens publics ou privés. Une étude plus affinée, dans le cadre de la lutte contre la criminalité financière, devrait permettre une décomposition de la matière pénale aboutissant à la spécification d'une notion d'intégrité financière. Celle-ci consiste en la protection de la circulation légitime des objets et des obligations monétaires.

599. Cependant, l'étude de l'intégrité financière, par rapport aux autres champs de la matière pénale, devrait revêtir aux moins deux spécificités. D'abord, en plus des outils de la matière pénale, il faudrait combiner des outils de la gestion financière et de l'économie permettant de circonscrire la nature circulatoire de la monnaie. Ensuite, la recherche en matière de criminalité financière, devrait pouvoir s'intéresser à l'étude du risque. Il ne s'agit plus de trouver un équilibre ou un compromis entre les notions économiques et juridiques du risque, mais plutôt de poser une définition du risque propre à la lutte contre la criminalité financière, des travaux dans ce sens ont d'ailleurs déjà été amorcés à l'occasion des recherches[609] de Gilles Duteil, enseignant à Aix-Marseille Université. Le risque devrait ainsi être envisagé en fonction même des réflexes des auteurs de crimes financiers. Enfin, les études liées à l'intégrité financière devraient envisager la stricte circulation des objets monétaires afin d'éviter des effets de cannibalisation entre les différentes valeurs protégées par la norme pénale.

600. L'internationalisation de la criminalité financière et l'accès difficile aux hors-bilan des banques peut se poser comme un obstacle supplémentaire au combat contre le crime financier. A cette préoccupation, une première solution réside dans le fait que la notion d'intégrité financière s'intéresse à la circulation de la monnaie. Les modes de circulation de celle-ci sont relativement semblables d'une économie à une autre. A l'égard de la globalisation des échanges qui entraîne une uniformité culturelle et une diffusion des technologies, la criminalité financière

[609] Gilles Duteil, *Les "carrousels de TVA" ou le pillage organisé du budget de l'État,* Banque Stratégie n° 268 mars 2009

transnationale repose sur les mêmes objets et les mêmes techniques. Il est toujours question de la circulation de la monnaie et des obligations pécuniaires. Enfin, la dimension internationale du crime financier ne fait que relancer l'intérêt d'une instance internationale qui s'engagerait aux côtés du GAFI, mais avec une certaine expertise dans le fonctionnement des marchés financiers. A ce propos, on peut se demander s'il n'est pas temps que la BRI prenne elle aussi sa part de responsabilité dans la lutte contre la criminalité financière.

601. La lutte contre l'évasion fiscale incite les Etats à prendre des mesures allant dans le sens d'un contrôle plus strict des flux financiers. En France, le Parlement porte une réflexion sur un ensemble de mécanismes permettant de renforcer la lutte contre la fraude fiscale. Ainsi, le Sénat a par exemple rendu un rapport sur « *Le rôle des banques et des acteurs financiers dans l'évasion des ressources financières* ». Dans ce rapport, les sénateurs ont soulignés que « *un nombre élevé d'entités de la finance développée par l'innovation financière ces dernières années ont été implantées dans les centres offshores. Tel est le cas des véhicules de titrisation, des plateformes de négociation des produits dérivés du type CDS ou encore des fonds alternatifs. Quand on les interroge sur ce point, les acteurs financiers mettent en avant les avantages juridiques offerts par ces territoires. Le rôle du motif fiscal est minimisé ainsi que les risques fiscaux de cette situation. Au total, la communication sur ces points est oublieuse de certaines considérations d'intérêt public, qu'il faut rappeler : les atouts juridiques de l'offshore, qui peuvent être ambigus, sont également très ambivalents et ils s'accompagnent de failles qui ne sont pas admissibles au regard de l'impératif de stabilité financière ; les facteurs fiscaux ne sauraient être considérés comme secondaires ne serait-ce que parce que les avoirs offshore peuvent être facilement dissimulés et ainsi se trouver être, en plus d'un véhicule du risque financier, un véhicule de l'évasion fiscale internationale.*

Ainsi, le rapport du Sénat permet de poser une nouvelle définition de la fraude fiscale qui, en plus d'être constitutive d'entrave à la circulation des fonds destinés à l'Etat, devient également une atteinte à *certaines considérations d'intérêts publics.* Autrement dit, la fraude fiscale porte atteinte aux intérêts de la collectivité. Les sénateurs soulignent également que *« Les statistiques financières internationales sont mitées par des incohérences et par des lacunes que reconnaissent les organismes chargés de les rassembler »*, validant ainsi le besoin qu'un organisme puisse coordonner la lutte contre la criminalité financière à une échelle internationale. Enfin, entre autres propositions, le rapport du sénat propose « *d'assurer une protection adaptée des lanceurs d'alerte* » et de « *doter les personnels dédiés au contrôle interne de conformité d'un statut de salarié protégé* ». Cette proposition intéresse le *Compliance officer* à double titre.

D'abord, le rapport rappelle que le poste de *Compliance officer* est à rattacher à la direction du contrôle interne, conformément au règlement n° 97-02 du Comité de la réglementation bancaire et financière relatif au contrôle interne. Les interrogations relatives à la direction à laquelle devrait être rattaché le service Lutte anti blanchiment trouve donc un début de solution. Ensuite, les compétences et la nature des missions du *Compliance officer* amènent à postuler que ce poste puisse bénéficier des outils et des prérogatives d'un service d'audit. Les approches dites légales, managériales ou tournées vers l'enquête demeurent valables, mais elles doivent pouvoir être intégrées dans une logique privilégiant le diagnostic propre à un service d'audit. Enfin, en proposant de mieux protéger le statut des personnels dédiés au contrôle interne, le rapport du Sénat aborde une problématique dont la solution contribuera à renforcer l'efficacité du *Compliance officer* dans le cadre plus large de la lutte contre la criminalité financière. En effet, le *Compliance officer* doit à la fois dénoncer ce qui est supposé relever d'une infraction en surveillant les transactions de la clientèle, et veiller à transformer chaque relation d'affaire en une opportunité commerciale. Ces objectifs antithétiques ont pour conséquence de brider l'efficacité des actions du *Compliance officer* et de tordre la cohérence de ses positions. La proposition des sénateurs devient encore plus intéressante dans la mesure où elle nécessitera de reconnaître que le *Compliance officer* est un lanceur d'alerte par vocation. A ce titre, son action ne sera que plus efficace si son indépendance vis-à-vis de sa hiérarchie peut être assurée. Pour ce faire, plus qu'un statut de salarié protégé, c'est un rattachement, une véritable filiation avec la cellule de renseignement financier (Tracfin) qu'il faudrait établir. En intégrant le *Compliance officer* dans l'organigramme de Tracfin, on attribuerait au *Compliance officer* des pouvoirs de police et un peu plus d'indépendance, ceux-ci lui faisant actuellement défaut au sein des institutions financières. Finalement, la lutte contre la criminalité financière au sein des établissements financiers nécessite que l'on se demande dans quelles mesures les pouvoirs de police du *Compliance officer* devraient être posés.

ANNEXE

Ordonnance n° 2009-104 du 30 janvier 2009 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme

Le Président de la République,
Sur le rapport du Premier ministre et de la ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi,
Vu la Constitution, notamment son article 38 ;
Vu le traité instituant la Communauté européenne, notamment ses articles 47 et 95 ;
Vu le traité sur l'Union européenne, notamment son article 15 ;
Vu la directive 2005 / 60 / CE du Parlement et du Conseil du 26 octobre 2005 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme ;
Vu la directive 2006 / 70 / CE de la Commission du 1er août 2006 portant mesures de mise en œuvre de la directive 2005 / 60 / CE du Parlement européen et du Conseil pour ce qui concerne la définition des « personnes politiquement exposées » et les conditions techniques de l'application d'obligations simplifiées de vigilance à l'égard de la clientèle ainsi que de l'exemption au motif d'une activité financière exercée à titre occasionnel ou à une échelle très limitée (…) ;
Vu l'ordonnance n° 45-2593 du 2 novembre 1945 modifiée relative au statut des commissaires-priseurs judiciaires ;
Vu l'ordonnance du 10 septembre 1817 modifiée qui réunit, sous la dénomination d'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, l'ordre des avocats aux conseils et le collège des avocats à la Cour de cassation, fixe irrévocablement le nombre des titulaires et contient des dispositions pour la discipline intérieure de l'ordre ;
Vu l'avis du Conseil supérieur de la mutualité en date du 15 décembre 2008 ;
Vu l'avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés en date du 18 décembre 2008 ;
Vu l'avis du comité consultatif de la législation et de la réglementation financières en date du 19 décembre 2008 ;
Le Conseil d'Etat entendu ;
Le conseil des ministres entendu,
Ordonne :

CHAPITRE IER : DISPOSITIONS MODIFIANT LE CODE MONETAIRE ET FINANCIER

Article 1

Le code monétaire et financier est ainsi modifié :
1° La section 3 du chapitre II du titre Ier du livre Ier est ainsi modifiée :
a) Les articles L. 112-6 et L. 112-7 sont ainsi rédigés :
« Art.L. 112-6. — I.-Ne peut être effectué en espèces le paiement d'une dette supérieure à un montant fixé par décret, tenant compte du lieu du domicile fiscal du débiteur et de la finalité professionnelle ou non de l'opération.
« Au-delà d'un montant mensuel fixé par décret, le paiement des traitements et salaires est soumis à l'interdiction mentionnée à l'alinéa précédent et doit être effectué par chèque barré ou par virement à un compte bancaire ou postal.
« II. — Nonobstant les dispositions du I, les dépenses des services concédés qui excèdent la somme de 450 € doivent être payées par virement.
« III. — Les dispositions qui précèdent ne sont pas applicables :
« a) Aux paiements réalisés par des personnes qui sont incapables de s'obliger par chèque ou par un autre moyen de paiement, ainsi que par celles qui n'ont pas de compte de dépôt ;

« b) Aux paiements effectués entre personnes physiques n'agissant pas pour des besoins professionnels ;
« c) Au paiement des dépenses de l'Etat et des autres personnes publiques.
« Art.L. 112-7.-Les infractions aux dispositions de l'article L. 112-6 sont constatées par des agents désignés par arrêté du ministre chargé du budget. Le débiteur ayant procédé à un paiement en violation des dispositions du même article est passible d'une amende dont le montant est fixé, compte tenu de la gravité des manquements, et ne peut excéder 5 % des sommes payées en violation des dispositions susmentionnées. Le débiteur et le créancier sont solidairement responsables du paiement de cette amende. » ;
b) L'article L. 112-8 est abrogé et l'article L. 112-9 devient l'article L. 112-8 ;
2° Le titre II du livre V comprend les articles L. 520-1 à L. 520-7 ainsi rédigés :
« Art.L. 520-1.-I. — Constitue une opération de change manuel l'échange immédiat de billets ou monnaies libellés en devises différentes. Constitue également une opération de change manuel le fait d'accepter, en échange des espèces délivrées à un client, un règlement par un autre moyen de paiement, sous réserve que celui-ci soit libellé dans une devise différente.
« II. — Les changeurs manuels sont des personnes physiques ou morales, autres que les établissements de crédit et les institutions et services mentionnés à l'article L. 518-1, qui effectuent à titre de profession habituelle des opérations de change manuel.
« Toutefois, ne constitue pas l'exercice de la profession de changeur manuel le fait de réaliser, à titre occasionnel ou pour des montants limités, des opérations de change manuel dans des conditions définies par décret.
« Art.L. 520-2.-I. — Par dérogation à l'interdiction édictée à l'article L. 511-5, les changeurs manuels peuvent remettre des euros en espèces en contrepartie de chèques de voyage libellés en euros.
« II. — Les personnes exerçant l'activité de change manuel à titre occasionnel ou pour des montants limités dans les conditions prévues au dernier alinéa de l'article L. 520-1 sont tenues d'adresser à la Commission bancaire une déclaration par laquelle elles certifient qu'elles respectent ces conditions. Les modalités et la périodicité de cette déclaration sont fixées par un arrêté du ministre chargé de l'économie.
« Art.L. 520-3.-I. — Avant d'exercer leur activité, les changeurs manuels obtiennent une autorisation délivrée par le comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement qui vérifie si l'entreprise satisfait aux obligations suivantes :
« a) Elle est inscrite au registre du commerce et des sociétés ;
« b) Elle justifie soit d'un capital libéré, soit d'une caution d'un établissement de crédit ou d'une entreprise d'assurances, d'un montant au moins égal à une somme fixée par un arrêté du ministre chargé de l'économie ;
« c) Ses dirigeants et ses bénéficiaires effectifs justifient qu'ils possèdent l'honorabilité et la compétence nécessaires, dans des conditions définies par décret et selon des modalités fixées par un arrêté du ministre chargé de l'économie.
« II. — Toute modification affectant le respect par un changeur manuel des obligations prévues au I doit faire l'objet, selon le cas, d'une autorisation préalable du comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, d'une déclaration ou d'une notification, dans les conditions fixées par un arrêté du ministre chargé de l'économie.
« III. — Le comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement peut retirer l'autorisation dont est titulaire un changeur manuel, soit à la demande de l'établissement, soit d'office, lorsque le changeur manuel n'a pas fait usage de cette autorisation dans un délai de douze mois ou n'exerce plus son activité depuis au moins six mois.
« IV. — Le comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement publie la liste des changeurs manuels selon des modalités définies par arrêté du ministre chargé de l'économie.
« Art.L. 520-4.-L'exercice de la profession de changeur manuel est interdit à toute personne n'ayant pas reçu une autorisation préalable du comité des établissements de crédit et des

entreprises d'investissement.
« L'exercice de l'activité de change manuel ou la direction de droit ou de fait d'une entreprise exerçant une telle activité est interdit à toute personne qui a fait l'objet de la sanction prévue au 3 du II de l'article L. 613-21.
« Art.L. 520-5.-Il est interdit à toute entreprise qui n'a pas la qualité de changeur manuel d'utiliser une dénomination, une raison sociale, une publicité ou tout autre procédé laissant croire qu'elle est autorisée en cette qualité ou de créer une confusion à cet égard.
« Art.L. 520-6.-I. — Les changeurs manuels sont tenus à tout moment de justifier du respect des conditions mentionnées à l'article L. 520-3 ainsi que du respect de l'ensemble des dispositions auxquelles ils sont assujettis, notamment de celles des dispositions du titre VI qui leur sont applicables.
« Les changeurs manuels tiennent un registre de leurs transactions.
« Le ministre chargé de l'économie peut, par arrêté, les soumettre à des règles et conditions particulières relatives à leurs obligations prévues par le titre VI et par le présent titre, ainsi qu'à des règles d'exécution des opérations de change manuel, d'organisation et de contrôle interne propres à en assurer le respect.
« II. — La Commission bancaire exerce le pouvoir disciplinaire sur les changeurs manuels dans les conditions prévues au II de l'article L. 613-21.

« La Commission bancaire exerce le contrôle, notamment sur place, des changeurs manuels dans les conditions prévues aux articles L. 613-6 à L. 613-8, L. 613-10, L. 613-11 et L. 613-20. Les agents chargés du contrôle sur place peuvent procéder au contrôle de caisse.
« Les agents des douanes ayant au moins le grade de contrôleur peuvent également exercer, pour le compte de la Commission bancaire, le contrôle sur place des changeurs manuels dans les conditions prévues à l'article L. 520-7.
« Nonobstant toute disposition législative contraire, la Commission bancaire et l'administration des douanes peuvent, pour l'application des dispositions du présent titre et du titre VI du présent livre, se communiquer les informations nécessaires.
« Art.L. 520-7.-I. — Les agents des douanes ayant au moins le grade de contrôleur sont habilités à rechercher et constater les manquements aux règles applicables aux changeurs manuels, prévues par le présent titre et par le titre VI ou les textes réglementaires pris pour leur application.
« II. — A cette fin, les agents des douanes mentionnés au I ont accès, durant les heures d'activité professionnelle des changeurs manuels, aux locaux à usage professionnel à l'exclusion des parties de ces locaux affectées au domicile privé.
« Ils peuvent se faire communiquer les registres et les documents professionnels que les changeurs manuels sont tenus d'établir en application du présent titre et des articles L. 563-2 à L. 563-4.
« Ils peuvent se faire délivrer copie des documents susmentionnés.
« Ils peuvent procéder au contrôle de caisse.
« Ils peuvent recueillir sur place ou sur convocation des renseignements et justifications. Les auditions des changeurs manuels, auxquelles l'application des dispositions qui précèdent peut donner lieu, font l'objet de comptes rendus écrits.
« III. — Lorsqu'il est fait application des dispositions du II en vue de rechercher et constater les infractions pénales prévues à l'article L. 572-1, le procureur de la République est préalablement informé des opérations envisagées. Il peut s'y opposer dans un délai fixé par voie réglementaire.
« IV. — A l'issue des contrôles, les agents des douanes établissent un procès-verbal.
« La liste des documents dont une copie a été délivrée lui est annexée.
« Le procès-verbal est signé par les agents des douanes ayant procédé au contrôle ainsi que par le changeur manuel ou, s'il s'agit d'une personne morale, son représentant. La personne intéressée peut faire valoir ses observations dans un délai de trente jours. Celles-ci sont jointes au dossier. En cas de refus de signer, mention en est faite au procès-verbal. Copie de celui-ci est remise à

l'intéressé.
« V. — Le procès-verbal ainsi que le ou les comptes rendus d'audition et les observations du changeur manuel sont transmis dans les meilleurs délais à la Commission bancaire. »

Article 2
Le titre VI du livre V du code monétaire et financier est ainsi modifié :
1° Le chapitre Ier remplace les chapitres Ier, II et III ;
2° Le chapitre V devient le chapitre III;
3° Le chapitre VI est abrogé ;
4° Le chapitre Ier est ainsi rédigé :
« Chapitre Ier
« Obligations relatives à la lutte contre le blanchiment
des capitaux et le financement du terrorisme

« Section 1
« Personnes soumises à une obligation de déclaration au procureur de la République
« Art.L. 561-1.-Les personnes autres que celles mentionnées à l'article L. 561-2 qui, dans l'exercice de leur profession, réalisent, contrôlent ou conseillent des opérations entraînant des mouvements de capitaux, sont tenues de déclarer au procureur de la République les opérations dont elles ont connaissance et qui portent sur des sommes qu'elles savent provenir de l'une des infractions mentionnées à l'article L. 561-15.
« Lorsqu'elles ont fait de bonne foi une telle déclaration, ces personnes bénéficient des dispositions de l'article L. 561-22.
« Les dispositions de l'article L. 574-1 leur sont applicables lorsqu'elles portent à la connaissance du propriétaire de ces sommes ou de l'auteur de ces opérations l'existence de cette déclaration ou donnent des informations sur les suites qui lui ont été réservées.
« Le procureur de la République informe le service mentionné à l'article L. 561-23 qui lui fournit tous renseignements utiles.

« Section 2
« Personnes assujetties aux obligations de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme
« Art.L. 561-2.-Sont assujettis aux obligations prévues par les dispositions des sections 2 à 7 du présent chapitre :
« 1° Les organismes, institutions et services régis par les dispositions du titre Ier du présent livre ;
« 2° Les entreprises mentionnées à l'article L. 310-1 du code des assurances et les intermédiaires d'assurance sauf ceux qui agissent sous l'entière responsabilité de l'entreprise d'assurance ;
« 3° Les institutions ou unions régies par le titre III du livre IX du code de la sécurité sociale ou relevant du II de l'article L. 727-2 du code rural ;
« 4° Les mutuelles et unions régies par le livre II du code de la mutualité ;
« 5° La Banque de France, l'institut d'émission des départements d'outre-mer mentionné à l'article L. 711-2 du présent code et l'institut d'émission d'outre-mer mentionné à l'article L. 712-4 du même code ;
« 6° Les entreprises d'investissement autres que les sociétés de gestion de portefeuille, les personnes mentionnées à l'article L. 440-2, les entreprises de marché mentionnées à l'article L. 421-2, les dépositaires centraux et gestionnaires de systèmes de règlement et de livraison d'instruments financiers, les conseillers en investissements financiers et les intermédiaires habilités mentionnés à l'article L. 211-4, les sociétés de gestion de portefeuille au titre des services d'investissement mentionnés à l'article L. 321-1, ainsi que les sociétés de gestion de portefeuille et les sociétés de gestion au titre de la commercialisation des parts ou actions

d'organismes de placement collectif dont elles assurent ou non la gestion ;
« 7° Les changeurs manuels ;
« 8° Les personnes exerçant les activités mentionnées aux 1°, 2°, 4°, 5° et 8° de l'article 1er de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce, à l'exclusion de l'échange, de la location ou de la sous-location, saisonnière ou non, en nu ou en meublé ;
« 9° Les représentants légaux et directeurs responsables de casinos et les groupements, cercles et sociétés organisant des jeux de hasard, des loteries, des paris, des pronostics sportifs ou hippiques ;
« 10° Les personnes se livrant habituellement au commerce ou organisant la vente de pierres précieuses, de matériaux précieux, d'antiquités et d'œuvres d'art ;
« 11° Les entreprises bénéficiant de l'exemption prévue au II de l'article L. 511-7 ;
« 12° Les experts-comptables, les salariés autorisés à exercer la profession d'expert-comptable en application des articles 83 ter et 83 quater de l'ordonnance n° 45-2138 du 19 septembre 1945 portant institution de l'ordre des experts-comptables et réglementant les titres et la profession d'expert-comptable ainsi que les commissaires aux comptes ;
« 13° Les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, les avocats, les avoués près les cours d'appel, les notaires, les huissiers de justice, les administrateurs judiciaires, les mandataires judiciaires et les commissaires-priseurs judiciaires, dans les conditions prévues à l'article L. 561-3 ;
« 14° Les sociétés de ventes volontaires de meubles aux enchères publiques ;
« 15° Les personnes exerçant l'activité de domiciliation mentionnée aux articles L. 123-11-2 et suivants du code de commerce.
« Art.L. 561-2-1.-Pour l'application du présent chapitre, une relation d'affaires est nouée lorsqu'une personne mentionnée à l'article L. 561-2 engage une relation professionnelle ou commerciale qui est censée, au moment où le contact est établi, s'inscrire dans une certaine durée. La relation d'affaires peut être prévue par un contrat selon lequel plusieurs opérations successives seront réalisées entre les cocontractants ou qui crée à ceux-ci des obligations continues. Une relation d'affaires est également nouée lorsqu'en l'absence d'un tel contrat un client bénéficie de manière régulière de l'intervention d'une personne susmentionnée pour la réalisation de plusieurs opérations ou d'une opération présentant un caractère continu ou, s'agissant des personnes mentionnées au 12° de l'article L. 561-2, pour l'exécution d'une mission légale.
« Art.L. 561-2-2.-Pour l'application du présent chapitre, le bénéficiaire effectif s'entend de la personne physique qui contrôle, directement ou indirectement, le client ou de celle pour laquelle une transaction est exécutée ou une activité réalisée.
« Un décret en Conseil d'Etat précise la définition du bénéficiaire effectif pour les différentes catégories de personnes morales.
« Art.L. 561-3.-I. — Les personnes mentionnées au 13° de l'article L. 561-2 sont soumises aux dispositions du présent chapitre lorsque, dans le cadre de leur activité professionnelle :
« 1° Elles participent au nom et pour le compte de leur client à toute transaction financière ou immobilière ou agissent en qualité de fiduciaire ;
« 2° Elles assistent leur client dans la préparation ou la réalisation des transactions concernant :
« a) L'achat et la vente de biens immeubles ou de fonds de commerce ;
« b) La gestion de fonds, titres ou autres actifs appartenant au client ;
« c) L'ouverture de comptes bancaires, d'épargne ou de titres ou de contrats d'assurance;
« d) L'organisation des apports nécessaires à la création des sociétés ;
« e) La constitution, la gestion ou la direction des sociétés ;
« f) La constitution, la gestion ou la direction de fiducies, régies par les articles 2011 à 2031 du code civil ou de droit étranger, ou de toute autre structure similaire ;
« g) La constitution ou la gestion de fonds de dotation.

« II. — Les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, les avocats et les avoués près les cours d'appel, dans l'exercice d'une activité relative aux transactions mentionnées au I, ne sont pas soumis aux dispositions du présent chapitre lorsque l'activité se rattache à une procédure juridictionnelle, que les informations dont ils disposent soient reçues ou obtenues avant, pendant ou après cette procédure, y compris dans le cadre de conseils relatifs à la manière d'engager ou d'éviter une telle procédure, non plus que lorsqu'ils donnent des consultations juridiques, à moins qu'elles n'aient été fournies à des fins de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme ou en sachant que le client les demande aux fins de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme.
« III. — Les autres personnes mentionnées au 13° de l'article L. 561-2, dans l'exercice d'une activité relative aux transactions mentionnées au I, ne sont pas soumises aux dispositions de la section 4 du présent chapitre lorsqu'elles donnent des consultations juridiques, à moins qu'elles n'aient été fournies à des fins de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme ou en sachant que le client les demande aux fins de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme.
« Art.L. 561-4.-Les personnes physiques ou morales qui exercent, en lien direct avec leur activité principale, une activité financière accessoire qui relève d'une des catégories mentionnées aux 1° à 7° de l'article L. 561-2 et qui présente peu de risques de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme sont exemptées des obligations du présent chapitre.
« Un décret en Conseil d'Etat définit les activités financières accessoires en fonction de leur nature, de leur volume et du montant des opérations.

« Section 3
« Obligations de vigilance à l'égard de la clientèle
« Art.L. 561-5.-I. — Avant d'entrer en relation d'affaires avec leur client ou de l'assister dans la préparation ou la réalisation d'une transaction, les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 identifient leur client et, le cas échéant, le bénéficiaire effectif de la relation d'affaires par des moyens adaptés et vérifient ces éléments d'identification sur présentation de tout document écrit probant.
« Elles identifient dans les mêmes conditions leurs clients occasionnels et, le cas échéant, le bénéficiaire effectif de la relation d'affaires, lorsqu'elles soupçonnent que l'opération pourrait participer au blanchiment des capitaux ou au financement du terrorisme ou, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, lorsque les opérations sont d'une certaine nature ou dépassent un certain montant.
« II. — Par dérogation au I, lorsque le risque de blanchiment des capitaux ou de financement du terrorisme paraît faible et dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, il peut être procédé uniquement pendant l'établissement de la relation d'affaires à la vérification de l'identité du client et, le cas échéant, du bénéficiaire effectif.
« III. — Les personnes mentionnées au 9° de l'article L. 561-2 satisfont à ces obligations en appliquant les mesures prévues à l'article L. 561-13.
« IV. — Les conditions d'application des I et II du présent article sont précisées par décret en Conseil d'Etat.
« Art.L. 561-6.-Avant d'entrer en relation d'affaires avec un client, les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 recueillent les informations relatives à l'objet et à la nature de cette relation et tout autre élément d'information pertinent sur ce client.
« Pendant toute sa durée et dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, ces personnes exercent sur la relation d'affaires, dans la limite de leurs droits et obligations, une vigilance constante et pratiquent un examen attentif des opérations effectuées en veillant à ce qu'elles soient cohérentes avec la connaissance actualisée qu'elles ont de leur client.
« Art.L. 561-7.-I. — Pour les personnes mentionnées aux 1° à 6° de l'article L. 561-2, les obligations prévues au premier alinéa des articles L. 561-5 et L. 561-6 peuvent être mises en

œuvre par un tiers dans les conditions suivantes :
« a) Le tiers est une personne mentionnée aux 1° à 6° ou aux 12° ou 13° de l'article L. 561-2, située ou ayant son siège social en France ou une personne appartenant à une catégorie équivalente sur le fondement d'un droit étranger et située dans un pays tiers imposant des obligations équivalentes en matière de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme figurant sur la liste prévue au 2° du II de l'article L. 561-9 ;
« b) La personne assujettie a accès aux informations recueillies par le tiers dans les conditions prévues par un décret en Conseil d'Etat.
« La personne assujettie qui se repose sur les diligences effectuées par un tiers demeure responsable du respect de ses obligations.
« II. — Les personnes mentionnées aux 1° à 6° de l'article L. 561-2 peuvent communiquer les informations recueillies pour la mise en œuvre du premier alinéa des articles L. 561-5 et L. 561-6 à une autre personne mentionnée aux 1° à 6° de l'article L. 561-2 située ou ayant son siège social en France. Elles peuvent également communiquer ces informations à un établissement proposant des activités financières équivalentes à celles exercées par les personnes mentionnées aux 1° à 6° de l'article L. 561-2, dans les conditions suivantes:
« a) Le tiers destinataire est situé dans un pays tiers imposant des obligations équivalentes en matière de lutte contre le blanchiment et le financement des activités terroristes, dont la liste est mentionnée au 2° du II de l'article L. 561-9 ;
« b) Le traitement par le tiers destinataire des données à caractère personnel garantit un niveau de protection suffisant de la vie privée et des libertés et droits fondamentaux des personnes, conformément aux articles 68 et 69 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.
« Art.L. 561-8.-Lorsqu'une personne mentionnée à l'article L. 561-2 n'est pas en mesure d'identifier son client ou d'obtenir des informations sur l'objet et la nature de la relation d'affaires, elle n'exécute aucune opération, quelles qu'en soient les modalités, et n'établit ni ne poursuit aucune relation d'affaires. Lorsqu'elle n'a pas été en mesure d'identifier son client ou d'obtenir des informations sur l'objet et la nature de la relation d'affaires et que celle-ci a néanmoins été établie en application du II de l'article L. 561-5, elle y met un terme.
« Art.L. 561-9.-I. — Lorsque le risque de blanchiment des capitaux et de financement du terrorisme leur paraît faible, les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 peuvent réduire l'intensité des mesures prévues à l'article L. 561-6. Dans ce cas, elles justifient auprès de l'autorité de contrôle mentionnée à l'article L. 561-36 que l'étendue des mesures est appropriée à ces risques.
« II. — Les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 ne sont pas soumises aux obligations prévues aux articles L. 561-5 et L. 561-6, pour autant qu'il n'existe pas de soupçon de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme, dans les cas suivants :
« 1° Pour les clients ou les produits qui présentent un faible risque de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme, dont la liste est définie par décret en Conseil d'Etat ;
« 2° Lorsque le client est une personne mentionnée aux 1° à 6° de l'article L. 561-2, établie ou ayant son siège en France, dans un autre Etat membre de l'Union européenne ou dans un pays tiers imposant des obligations équivalentes de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme. La liste de ces pays est arrêtée par le ministre chargé de l'économie.
« Les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 recueillent des informations suffisantes sur leur client à l'effet de vérifier qu'il est satisfait aux conditions prévues aux deux précédents alinéas.
« Art.L. 561-10.-Les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 appliquent des mesures de vigilance complémentaires à l'égard de leur client, en sus des mesures prévues aux articles L. 561-5 et L. 561-6, lorsque :
« 1° Le client ou son représentant légal n'est pas physiquement présent aux fins de l'identification ;
« 2° Le client est une personne résidant dans un autre Etat membre de l'Union européenne ou un

pays tiers et qui est exposée à des risques particuliers en raison des fonctions politiques, juridictionnelles ou administratives qu'elle exerce ou a exercées pour le compte d'un autre Etat ou de celles qu'exercent ou ont exercées des membres directs de sa famille ou des personnes connues pour lui être étroitement associées ;

« 3° Le produit ou l'opération favorise l'anonymat de celle-ci ;

« 4° L'opération est une opération pour compte propre ou pour compte de tiers effectuée avec des personnes physiques ou morales, y compris leurs filiales ou établissements, domiciliées, enregistrées ou établies dans un Etat ou un territoire mentionné au VI de l'article L. 561-15.

« Un décret en Conseil d'Etat précise les catégories de personnes mentionnées au 2°, la liste des produits et des opérations mentionnées au 3°, ainsi que les mesures de vigilance complémentaires.

« Art.L. 561-10-1.-Lorsqu'une personne mentionnée au 1° ou au 5° de l'article L. 561-2 ou une entreprise d'investissement autre qu'une société de gestion de portefeuille entretient avec un organisme financier situé dans un pays non membre de l'Union européenne ou qui n'est pas Partie à l'accord sur l'Espace économique européen une relation transfrontalière de correspondant bancaire ou une relation en vue de la distribution d'instruments financiers mentionnés à l'article L. 211-1, la personne française assujettie exerce sur l'organisme financier étranger avec lequel elle est en relation, en plus des mesures prévues aux articles L. 561-5 et L. 561-6, des mesures de vigilance renforcée dont les modalités sont fixées par décret en Conseil d'Etat.

« Art.L. 561-10-2.-I. — Lorsque le risque de blanchiment des capitaux et de financement du terrorisme présenté par un client, un produit ou une transaction leur paraît élevé, les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 renforcent l'intensité des mesures prévues aux articles L. 561-5 et L. 561-6.

« II. — Les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 effectuent un examen renforcé de toute opération particulièrement complexe ou d'un montant inhabituellement élevé ou ne paraissant pas avoir de justification économique ou d'objet licite. Dans ce cas, ces personnes se renseignent auprès du client sur l'origine des fonds et la destination de ces sommes ainsi que sur l'objet de l'opération et l'identité de la personne qui en bénéficie.

« Art.L. 561-10-3.-Il est interdit aux personnes mentionnées aux 1° et 5° de l'article L. 561-2 de nouer ou maintenir une relation de correspondant bancaire avec un établissement de crédit ou exerçant des activités équivalentes constitué dans un pays où cet établissement n'a aucune présence physique effective permettant que s'exercent des activités de direction et de gestion, s'il n'est pas rattaché à un établissement ou à un groupe réglementé.

« Les personnes mentionnées aux 1° et 5° de l'article L. 561-2 prennent des mesures appropriées pour s'assurer qu'elles ne nouent ni ne maintiennent une relation de correspondant avec une personne entretenant elle-même des relations de banque correspondante permettant à un établissement constitué dans les conditions mentionnées à l'alinéa précédent d'utiliser ses comptes.

« Art.L. 561-11.-Un décret en Conseil d'Etat peut, pour des motifs d'ordre public, soumettre à des conditions spécifiques, restreindre ou interdire tout ou partie des opérations réalisées pour leur propre compte ou pour compte de tiers par les personnes mentionnées aux 1° à 7° de l'article L. 561-2 établies en France, avec des personnes physiques ou morales, y compris leurs filiales ou établissements, domiciliées, enregistrées ou établies dans l'ensemble des Etats ou territoires mentionnés au VI de l'article L. 561-15.

« Art.L. 561-12.-Sous réserve de dispositions plus contraignantes, les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 conservent pendant cinq ans à compter de la clôture de leurs comptes ou de la cessation de leurs relations avec eux les documents relatifs à l'identité de leurs clients habituels ou occasionnels. Elles conservent également, dans la limite de leurs attributions, pendant cinq ans à compter de leur exécution, les documents relatifs aux opérations faites par ceux-ci, ainsi que les documents consignant les caractéristiques des opérations mentionnées au IV de l'article L. 561-

10.
« Les personnes mentionnées au 9° de l'article L. 561-2 satisfont à cette obligation en appliquant les mesures prévues à l'article L. 561-13.
« Art.L. 561-13.-Les casinos sont tenus, après vérification, sur présentation d'un document probant, de l'identité des joueurs, de procéder à l'enregistrement de leurs noms et adresses lorsqu'ils échangent tous modes de paiement, plaques, jetons, tickets dont le montant excède un seuil fixé par décret. Ces informations, qui ne peuvent être utilisées à d'autres fins que celles prévues au présent chapitre, sont consignées sur un registre spécifique et doivent être conservées pendant cinq ans.
« Les groupements, cercles et sociétés organisant des jeux de hasard, des loteries, des paris, des pronostics sportifs ou hippiques sont tenus de s'assurer, par la présentation de tout document écrit probant, de l'identité des joueurs gagnant des sommes supérieures à un montant fixé par décret et d'enregistrer les noms et adresses de ces joueurs, ainsi que le montant des sommes qu'ils ont gagnées. Ces informations doivent être conservées pendant cinq ans.
« Art.L. 561-14.-Les personnes mentionnées aux 1° à 7° de l'article L. 561-2 ne tiennent pas de comptes ni de livrets d'épargne anonymes.
« Art.L. 561-14-1.-Les dispositions de l'article L. 561-5 s'appliquent aux bons et titres mentionnés à l'article 990 A du code général des impôts.
« Art.L. 561-14-2.-Les dispositions du deuxième alinéa de l'article 537 du code général des impôts ne font pas obstacle à l'application de l'article L. 561-5 du présent code. Toutefois, les informations mentionnées à ce dernier article sont portées sur un registre distinct de celui institué par l'article 537 du code général des impôts.
« Lorsque le client n'a pas autorisé l'organisme financier à communiquer son identité et son domicile fiscal à l'administration fiscale, le droit de communication prévu aux articles L. 83, L. 85, L. 87 et L. 89 du livre des procédures fiscales ne s'applique ni au registre institué par le présent article ni aux documents justificatifs mentionnés au premier alinéa de l'article L. 561-5 établis en raison des transactions sur les bons, titres et valeurs mentionnés à l'article 990 A du code général des impôts et au deuxième alinéa de l'article 537 de ce code.

« Section 4
« Obligations de déclaration
« Art.L. 561-15.-I. — Les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 sont tenues, dans les conditions fixées par le présent chapitre, de déclarer au service mentionné à l'article L. 561-23 les sommes inscrites dans leurs livres ou les opérations portant sur des sommes dont elles savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou participent au financement du terrorisme.
« II. — Par dérogation au I, les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 déclarent au service mentionné au I les sommes ou opérations dont ils savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une fraude fiscale lorsqu'il y a présence d'au moins un critère défini par décret.
« III. — A l'issue de l'examen renforcé prescrit au IV de l'article L. 561-10, les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 effectuent, le cas échéant, la déclaration prévue au I du présent article.
« IV. — Les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 sont également tenues de déclarer au service mentionné à l'article L. 561-23 toute opération pour laquelle l'identité du donneur d'ordre ou du bénéficiaire effectif ou du constituant d'un fonds fiduciaire ou de tout autre instrument de gestion d'un patrimoine d'affectation reste douteuse malgré les diligences effectuées conformément à l'article L. 561-5.
« V. — Toute information de nature à infirmer, conforter ou modifier les éléments contenus dans la déclaration est portée, sans délai, à la connaissance du service mentionné à l'article L. 561-23.

« VI. — Un décret peut étendre l'obligation de déclaration mentionnée au I aux opérations pour compte propre ou pour compte de tiers effectuées par les personnes mentionnées aux 1° à 7° de l'article L. 561-2 avec des personnes physiques ou morales, y compris leurs filiales ou établissements, domiciliées, enregistrées ou établies dans l'ensemble des Etats ou territoires dont les insuffisances de la législation ou les pratiques font obstacle à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme. Ce décret fixe le montant minimum des opérations soumises à déclaration.

« VII. — Un décret en Conseil d'Etat précise les modalités de cette déclaration.

« Art.L. 561-16.-Les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 s'abstiennent d'effectuer toute opération dont elles soupçonnent qu'elle est liée au blanchiment de capitaux ou au financement du terrorisme jusqu'à ce qu'elles aient fait la déclaration prévue à l'article L. 561-15. Elles ne peuvent alors procéder à la réalisation de l'opération que si les conditions prévues au quatrième alinéa de l'article L. 561-25 sont réunies.

« Lorsqu'une opération devant faire l'objet de la déclaration prévue à l'article L. 561-15 a déjà été réalisée, soit parce qu'il a été impossible de surseoir à son exécution, soit que son report aurait pu faire obstacle à des investigations portant sur une opération suspectée de blanchiment des capitaux ou de financement du terrorisme, soit qu'il est apparu postérieurement à sa réalisation qu'elle était soumise à cette déclaration, la personne mentionnée à l'article L. 561-2 en informe sans délai le service prévu à l'article L. 561-23.

« Art.L. 561-17.-Par dérogation aux articles L. 561-15 et L. 561-16, l'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, l'avocat ou l'avoué près la cour d'appel communique la déclaration, selon le cas, au président de l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, au bâtonnier de l'ordre auprès duquel l'avocat est inscrit ou au président de la compagnie dont relève l'avoué. Dès lors que les conditions fixées à l'article L. 561-3 sont remplies, ces autorités transmettent la déclaration au service mentionné à l'article L. 561-23, dans les délais et selon les modalités définis par décret en Conseil d'Etat.

« Lorsqu'une déclaration a été transmise en méconnaissance de ces dispositions, le service mentionné à l'article L. 561-23 en refuse la communication et informe dans les meilleurs délais, selon le cas, le président de l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, le bâtonnier de l'ordre auprès duquel l'avocat déclarant est inscrit ou le président de la compagnie dont relève l'avoué déclarant.

« Cette dérogation ne s'applique pas à l'avocat agissant en qualité de fiduciaire.

« Art.L. 561-18.-La déclaration mentionnée à l'article L. 561-15 est établie par écrit. Elle peut toutefois être recueillie verbalement, sauf pour les personnes mentionnées à l'article L. 561-17, par le service prévu à l'article L. 561-23, dans des conditions permettant à ce dernier de s'assurer de sa recevabilité, selon des modalités définies par décret en Conseil d'Etat.

« Ce service accuse réception de la déclaration, sauf si la personne mentionnée à l'article L. 561-2 a indiqué expressément ne pas vouloir en être destinataire.

« Les conditions dans lesquelles le service accuse réception de la déclaration et s'assure de sa recevabilité sont précisées par décret en Conseil d'Etat.

« Art.L. 561-19.-I. — La déclaration mentionnée à l'article L. 561-15 est confidentielle.

« Sous réserve des dispositions de l'article 44 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 mentionnée ci-dessus, il est interdit, sous peine des sanctions prévues à l'article L. 574-1, aux dirigeants et préposés d'organismes financiers, aux personnes mentionnées à l'article L. 561-2, au président de l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, au bâtonnier de l'ordre auprès duquel l'avocat est inscrit ou au président de la compagnie dont relève l'avoué, de porter à la connaissance du propriétaire des sommes ou de l'auteur de l'une des opérations mentionnées à l'article L. 561-15 ou à des tiers, autres que les autorités de contrôle, ordres professionnels et instances représentatives nationales visées à l'article L. 561-36, l'existence et le contenu d'une déclaration faite auprès du service mentionné à l'article L. 561-23 et de donner des informations sur les suites qui ont été réservées à cette déclaration.

« Le fait, pour les personnes mentionnées au 13° de l'article L. 561-2, de s'efforcer de dissuader leur client de prendre part à une activité illégale ne constitue pas une divulgation au sens de l'alinéa précédent.
« II. — Les dirigeants et préposés des personnes mentionnées aux 1° à 7° de l'article L. 561-2 peuvent révéler à l'autorité judiciaire ou aux officiers de police judiciaire agissant sur délégation que des informations ont été transmises au service mentionné à l'article L. 561-23 en application de l'article L. 561-15. Dans ce cas, l'autorité judiciaire ou les officiers de police judiciaire peuvent demander confirmation à ce service de l'existence de cette déclaration.
« La déclaration prévue à l'article L. 561-15 n'est accessible à l'autorité judiciaire que sur réquisition auprès du service mentionné à l'article L. 561-23 et dans les seuls cas où cette déclaration est nécessaire à la mise en œuvre de la responsabilité des personnes mentionnées à l'article L. 561-2, de leurs dirigeants et préposés ou de celle des autorités mentionnées à l'article L. 561-17 et lorsque l'enquête judiciaire fait apparaître qu'ils peuvent être impliqués dans le mécanisme de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme qu'ils ont révélé.
« Art.L. 561-20.-Par dérogation à l'article L. 561-19, les personnes mentionnées aux 1° à 6° de l'article L. 561-2, les compagnies financières et les compagnies financières holding mixtes qui appartiennent à un même groupe, tel que défini au III de l'article L. 511-20 du présent code ou à l'article L. 334-2 du code des assurances, d'une part, et, d'autre part, les personnes mentionnées aux 12° et 13° de l'article L. 561-2 du présent code, qui appartiennent au même réseau ou à une même structure d'exercice professionnel, s'informent de l'existence et du contenu de la déclaration prévue à l'article L. 561-15 lorsque les conditions suivantes sont réunies :
« a) Les informations ne sont échangées qu'entre personnes d'un même groupe, d'un même réseau ou d'une même structure d'exercice professionnel soumises à l'obligation de déclaration prévue à l'article L. 561-15 ;
« b) Les informations divulguées sont nécessaires à l'exercice, au sein du groupe, du réseau ou de la structure d'exercice professionnel, de la vigilance en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme et seront exclusivement utilisées à cette fin ;
« c) Les informations sont divulguées au profit d'un établissement situé en France ou dans un pays figurant sur la liste prévue au 2° du II de l'article L. 561-9 ;
« d) Le traitement des informations réalisé dans ce pays garantit un niveau de protection suffisant de la vie privée et des libertés et droits fondamentaux des personnes conformément aux articles 68 et 69 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 mentionnée ci-dessus.
« Art.L. 561-21.-Par dérogation à l'article L. 561-19, les personnes mentionnées aux 1° à 7° et aux 12° et 13° de l'article L. 561-2 peuvent, lorsqu'elles interviennent pour un même client et dans une même transaction, s'informer mutuellement de l'existence et du contenu de la déclaration prévue à l'article L. 561-15. Ces échanges d'informations ne sont autorisés qu'entre les personnes mentionnées aux 1° à 7° ou entre les personnes mentionnées aux 12° et 13° de l'article L. 561-2, si les conditions suivantes sont réunies :
« a) Les personnes mentionnées aux 1° à 7° et aux 12° et 13° de l'article L. 561-2 ont un établissement en France ou dans un pays figurant sur la liste prévue au 2° du II de l'article L. 561-9;
« b) Ces personnes sont soumises à des obligations équivalentes en matière de secret professionnel;
« c) Les informations échangées sont utilisées exclusivement à des fins de prévention du blanchiment des capitaux et du financement du terrorisme;
« d) Le traitement des informations communiquées, lorsqu'il est réalisé dans un pays tiers, garantit un niveau de protection suffisant de la vie privée et des libertés et droits fondamentaux des personnes, conformément aux articles 68 et 69 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 mentionnée ci-dessus.
« Pour l'application du présent article, les personnes mentionnées aux 1° à 6° de l'article L. 561-2, à l'exception des sociétés de transfert de fonds qui ne sont pas des établissements de crédit,

constituent une seule et même catégorie professionnelle.
« Art.L. 561-22.-I. — Aucune poursuite fondée sur les articles 226-10, 226-13 et 226-14 du code pénal ne peut être intentée contre :
« a) Les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 ou leurs dirigeants et préposés ou les autorités mentionnées à l'article L. 561-17 lorsqu'ils ont, de bonne foi, fait la déclaration prévue à l'article L. 561-15 dans les conditions prescrites par les dispositions législatives ou réglementaires applicables ou lorsqu'ils ont communiqué des informations au service mentionné à l'article L. 561-23 en application de l'article L. 561-26 ;
« b) Les autorités de contrôle qui ont transmis des informations au service mentionné à l'article L. 561-23 en application de l'article L. 561-27 ;
« c) Les personnes qui ont transmis des informations à ce service en application de l'article L. 561-30.
« II. — Aucune action en responsabilité civile ne peut être intentée ni aucune sanction professionnelle prononcée contre :
« a) Les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 ou leurs dirigeants et préposés ou les autorités mentionnées à l'article L. 561-17, lorsqu'ils ont, de bonne foi, fait la déclaration prévue à l'article L. 561-15 dans les conditions prescrites par les dispositions législatives ou réglementaires applicables, notamment par l'article L. 561-16, ou lorsqu'ils ont communiqué des informations au service mentionné à l'article L. 561-23 en application de l'article L. 561-26 ;
« b) Les autorités de contrôle qui ont transmis des informations au service mentionné à l'article L. 561-23 en application de l'article L. 561-27 ;
« c) Les personnes qui ont transmis des informations à ce service en application de l'article L. 561-30.
« En cas de préjudice résultant directement d'une telle déclaration ou communication, l'Etat répond du dommage subi.
« III. — Les dispositions du présent article s'appliquent même si la preuve du caractère délictueux des faits à l'origine de la déclaration mentionnée à l'article L. 561-15, de l'information transmise en application des articles L. 561-27 et L. 561-30 ou de l'exercice du droit de communication prévu à l'article L. 561-26 n'est pas rapportée ou si les poursuites engagées en raison de ces faits ont été closes par une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquittement.
« IV. — Lorsque l'opération a été exécutée comme il est prévu aux articles L. 561-16 ou L. 561-25 et sauf concertation frauduleuse avec le propriétaire des sommes ou l'auteur de l'opération, les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 sont dégagées de toute responsabilité et aucune poursuite pénale ne peut être engagée à leur encontre de ce chef par application des articles 222-34 à 222-41, 321-1, 321-2, 321-3, 324-1, 324-2 et 421-2-2 du code pénal ou de l'article 415 du code des douanes.
« V. — Sauf concertation frauduleuse avec le propriétaire des sommes ou l'auteur de l'opération, la responsabilité pénale des personnes mentionnées au 1° de l'article L. 561-2 ne peut être engagée, par application des articles 222-34 à 222-41, 321-1, 321-2, 321-3, 324-1 et 324-2 du code pénal ou de l'article 415 du code des douanes, lorsqu'elles ouvrent un compte sur désignation de la Banque de France conformément à l'article L. 312-1 du présent code.
« Il en va de même pour des opérations réalisées par la personne ainsi désignée lorsque le client a fait l'objet d'une déclaration mentionnée à l'article L. 561-15 et qu'elle ne respecte pas les obligations de vigilance prévues à l'article L. 561-10.

« Section 5
« La cellule de renseignement financier nationale
« Art.L. 561-23.-I. — Une cellule de renseignement financier nationale exerce les attributions prévues au présent chapitre. Elle est composée d'agents spécialement habilités par le ministre chargé de l'économie. Les conditions de cette habilitation ainsi que l'organisation et les modalités de fonctionnement de ce service sont définies par décret en Conseil d'Etat.

« II. — Le service mentionné au I reçoit les déclarations prévues à l'article L. 561-15 et les informations mentionnées aux articles L. 561-26, L. 561-27, L. 561-30 et L. 561-31.
« Ce service recueille, analyse, enrichit et exploite tout renseignement propre à établir l'origine ou la destination des sommes ou la nature des opérations ayant fait l'objet d'une déclaration mentionnée à l'article L. 561-15 ou d'une information reçue au titre des articles L. 561-26, L. 561-27, L. 561-30 ou L. 561-31.
« Lorsque ses investigations mettent en évidence des faits susceptibles de relever du blanchiment du produit d'une infraction punie d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou du financement du terrorisme, et réserve faite de l'hypothèse où la seule infraction est celle définie à l'article 1741 du code général des impôts, le service mentionné au I saisit le procureur de la République par note d'information.
« Art.L. 561-24.-Dans le cas où le service mentionné à l'article L. 561-23 saisit le procureur de la République, la déclaration mentionnée à l'article L. 561-15 ou l'information transmise en application des articles L. 561-26, L. 561-27, L. 561-30 ou L. 561-31 ne figure pas au dossier de procédure, afin de préserver l'anonymat de ses auteurs.
« Le procureur de la République ou le procureur général informe ce service de l'engagement d'une procédure judiciaire, du classement sans suite ainsi que des décisions prononcées par une juridiction répressive, dans les affaires ayant fait l'objet d'une note d'information en application du présent chapitre.
« Art.L. 561-25.-Le service mentionné à l'article L. 561-23 peut s'opposer à l'exécution d'une opération qui a fait l'objet d'une déclaration établie en application de l'article L. 561-15. Son opposition est notifiée à l'auteur de la déclaration selon des modalités définies par décret en Conseil d'Etat, dans un délai d'un jour ouvrable à compter de la date de réception de la déclaration.
« Dans ce cas, l'opération est reportée d'une durée de deux jours ouvrables à compter du jour d'émission de cette notification.
« Le président du tribunal de grande instance de Paris peut, sur requête du service mentionné à l'article L. 561-23, après avis du procureur de la République de ce siège, proroger le délai prévu au deuxième alinéa du présent article ou ordonner le séquestre provisoire des fonds, comptes ou titres concernés par la déclaration. Le procureur de la République peut présenter une requête ayant le même objet.L'ordonnance qui fait droit à la requête est exécutoire sur minute avant toute notification à l'auteur de la déclaration mentionnée à l'article L. 561-15.
« L'opération qui a fait l'objet de la déclaration peut être exécutée si le service n'a pas notifié d'opposition ou si, au terme du délai ouvert par la notification de l'opposition, aucune décision du président du tribunal de grande instance de Paris n'est parvenue à la personne mentionnée à l'article L. 561-2.
« Art.L. 561-26.-I. — Pour l'application du présent chapitre, le service mentionné à l'article L. 561-23 peut demander que les pièces conservées en application du III de l'article L. 561-10 et des articles L. 561-12 et L. 561-13 lui soient communiquées quel que soit le support utilisé pour leur conservation et dans les délais qu'il fixe. Ce droit s'exerce, sur pièces ou sur place pour les personnes mentionnées aux 1° à 7° de l'article L. 561-2 et sur pièces pour les autres personnes mentionnées à cet article, dans le but de reconstituer l'ensemble des transactions faites par une personne physique ou morale liées à une opération ayant fait l'objet d'une déclaration mentionnée à l'article L. 561-15 ou à une information reçue au titre des articles L. 561-27, L. 561-30 ou L. 561-31, ainsi que dans le but de renseigner, dans les conditions prévues à l'article L. 561-31, des cellules de renseignement financier homologues étrangères.
« II. — Par dérogation au I, les demandes de communication de pièces effectuées auprès des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, des avocats et des avoués près les cours d'appel sont présentées par le service, selon le cas, au président de l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, au bâtonnier de l'ordre auprès duquel l'avocat est inscrit ou au président de la compagnie dont relève l'avoué.

« L'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, l'avocat ou l'avoué près la cour d'appel, communique à l'autorité dont il relève les pièces qu'elle lui demande.L'autorité les transmet au service selon les modalités prévues à l'article L. 561-17.
« A défaut du respect de cette procédure, l'avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, l'avocat ou l'avoué près la cour d'appel est en droit de s'opposer à la communication des pièces demandées par le service mentionné à l'article L. 561-23.
« Cette dérogation ne s'applique pas à l'avocat agissant en qualité de fiduciaire.
« III. — Il est interdit, sous peine des sanctions prévues à l'article L. 574-1, aux dirigeants et aux personnes mentionnées à l'article L. 561-2, au président de l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, au bâtonnier de l'ordre auprès duquel l'avocat est inscrit ou au président de la compagnie dont relève l'avoué de porter à la connaissance du propriétaire des sommes ou de l'auteur de l'une des opérations mentionnées à l'article L. 561-15 ou à des tiers, autres que les autorités de contrôle, ordres professionnels et instances représentatives nationales visées à l'article L. 561-36, les informations provenant de l'exercice par le service mentionné à l'article L. 561-23 du droit de communication prévu à l'article L. 561-26.
« Le fait pour les personnes mentionnées au 13° de l'article L. 561-2 de s'efforcer de dissuader leur client de prendre part à une activité illégale ne constitue pas une divulgation au sens de l'alinéa qui précède.
« Art.L. 561-27.-Le service mentionné à l'article L. 561-23 reçoit, à l'initiative des administrations de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des organismes mentionnés à l'article L. 134-1 du code des juridictions financières et de toute autre personne chargée d'une mission de service public, toutes les informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission ou les obtient de ceux-ci à sa demande.
« L'autorité judiciaire, les juridictions financières et les officiers de police judiciaire peuvent le rendre destinataire de toute information aux mêmes fins.
« Art.L. 561-28.-I. — Lorsque, sur le fondement d'une déclaration faite conformément à l'article L. 561-15, le service mentionné à l'article L. 561-23 saisit le procureur de la République, il en informe selon des modalités fixées par décret la personne mentionnée à l'article L. 561-2 qui a effectué la déclaration.
« Lorsque la déclaration lui a été transmise par le président de l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, le bâtonnier de l'ordre des avocats ou le président de la compagnie des avoués, en application de l'article L. 561-27, le service informe ces autorités de la transmission de la déclaration au procureur de la République.
« Les modalités de cette information sont fixées par décret.
« II. — Le service mentionné à l'article L. 561-23 peut, si les circonstances l'exigent, informer les personnes qui lui ont transmis des informations en application du premier alinéa de l'article L. 561-27 qu'il a saisi le procureur de la République sur la base de ces informations.
« Art.L. 561-29.-I. — Sous réserve de l'application de l'article 40 du code de procédure pénale, les informations détenues par le service mentionné à l'article L. 561-23 ne peuvent être utilisées à d'autres fins que celles prévues au présent chapitre.
« Leur divulgation est interdite, sans qu'il soit fait obstacle cependant à l'application des dispositions de l'article 44 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 mentionnée ci-dessus.
« II. — Toutefois, sous réserve qu'elles soient en relation avec les faits mentionnés au I de l'article L. 561-15, le service est autorisé à communiquer des informations qu'il détient à l'administration des douanes et aux services de police judiciaire.
« Il peut également transmettre aux services de renseignement spécialisés des informations relatives à des faits qui sont susceptibles de révéler une menace contre les intérêts fondamentaux de la nation en matière de sécurité publique et de sûreté de l'Etat.
« Il peut aussi transmettre à l'administration fiscale, qui peut les utiliser pour l'exercice de ses missions, des informations sur des faits susceptibles de relever de l'infraction définie à l'article 1741 du code général des impôts ou du blanchiment du produit de cette infraction. Dans ce

dernier cas, le ministre chargé du budget les transmet au procureur de la République sur avis conforme de la commission des infractions fiscales rendu dans les conditions prévues à l'article L. 228 A du livre des procédures fiscales.
« Lorsque, après la transmission d'une note d'information au procureur de la République en application du dernier alinéa de l'article L. 561-23 II, l'infraction sous-jacente à l'infraction de blanchiment se révèle celle de l'article 1741 du code général des impôts, l'avis de la commission visée à l'article L. 228 A du livre des procédures fiscales n'a pas à être sollicité.
« Art.L. 561-30.-I. — Le service mentionné à l'article L. 561-23 échange avec les autorités de contrôle, les ordres professionnels et instances représentatives nationales mentionnées à l'article L. 561-36 toute information utile à l'accomplissement de leurs missions respectives pour l'application du présent chapitre.
« II. — Lorsque, dans l'accomplissement de leur mission, les autorités de contrôle et les ordres professionnels découvrent des faits susceptibles d'être liés au blanchiment des capitaux ou au financement du terrorisme, ils en informent le service mentionné à l'article L. 561-23.
« Ce service en accuse réception et peut, sur leur demande, les tenir informés des suites qui ont été réservées à ces informations.
« III. — Par dérogation au II, lorsque, dans l'accomplissement de ses missions, le conseil de l'ordre des avocats ou la chambre de la compagnie des avoués a connaissance de faits susceptibles d'être liés au blanchiment des capitaux ou au financement du terrorisme, le bâtonnier ou le président, selon le cas, en informe le procureur général près la cour d'appel qui transmet cette information sans délai au service mentionné à l'article L. 561-23.
« Le président du conseil de l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation informe des faits de même nature dont l'ordre aurait connaissance le procureur général près la Cour de cassation, qui transmet cette information sans délai à ce service.
« Art.L. 561-31.-Le service mentionné à l'article L. 561-23 peut communiquer, sur leur demande ou à son initiative, aux cellules de renseignement financier homologues étrangères les informations qu'il détient sur des sommes ou opérations qui paraissent avoir pour objet le blanchiment du produit d'une infraction punie d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou le financement du terrorisme, sous réserve de réciprocité et si les conditions suivantes sont réunies :
« a) Les autorités étrangères sont soumises à des obligations de confidentialité au moins équivalentes ;
« b) Le traitement des informations communiquées garantit un niveau de protection suffisant de la vie privée et des libertés et droits fondamentaux des personnes, conformément aux articles 68 et 69 de la loi du 6 janvier 1978 susmentionnée.
« La communication de ces informations ne peut avoir lieu [si une procédure pénale a été engagée en France sur la base des mêmes faits ou] si la communication porte atteinte à la souveraineté ou aux intérêts nationaux, à la sécurité ou à l'ordre public.

« Section 6
« Procédures et contrôle interne
« Art.L. 561-32.-Les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 mettent en place des systèmes d'évaluation et de gestion des risques de blanchiment des capitaux et de financement du terrorisme.
« Les conditions d'application du présent article sont définies par décret en Conseil d'Etat et, s'agissant des organismes financiers mentionnés au 2° de l'article L. 561-36, par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers.
« Art.L. 561-33.-Les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 assurent la formation et l'information régulières de leurs personnels en vue du respect des obligations prévues aux chapitres Ier et II du présent titre.
« Art.L. 561-34.-Les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 appliquent des mesures au

moins équivalentes à celles prévues au chapitre Ier du présent titre en matière de vigilance à l'égard du client et de conservation des informations dans leurs succursales situées à l'étranger. Elles veillent à ce que des mesures équivalentes soient appliquées dans leurs filiales dont le siège est à l'étranger.

« Lorsque le droit applicable localement ne leur permet pas de mettre en œuvre des mesures équivalentes dans leurs succursales et filiales à l'étranger, les personnes assujetties en informent le service mentionné à l'article L. 561-23 et l'autorité de contrôle mentionnée à l'article L. 561-36 dont ils relèvent.

« Les organismes financiers communiquent les mesures minimales appropriées en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme à leurs succursales et à leurs filiales situées à l'étranger.

« Art.L. 561-35.-Les personnes énumérées à l'article L. 561-2 et les autorités de contrôle mentionnées à l'article L. 561-36 reçoivent du service prévu à l'article L. 561-23 les informations dont celui-ci dispose sur les mécanismes de blanchiment des capitaux ou de financement du terrorisme.

« Section 7

« Les autorités de contrôle et les sanctions administratives

« Sous-section 1

« Dispositions générales

« Art.L. 561-36.-I. — Le contrôle des obligations prévues aux chapitres Ier et II du présent titre et, le cas échéant, le pouvoir de sanction en cas de non-respect de celles-ci sont assurés :

« 1° a) Par la Commission bancaire sur les organismes et les personnes qui lui sont soumis en vertu des articles L. 520-2, L. 613-1, L. 613-2, sur les intermédiaires habilités mentionnés à l'article L. 211-4 et sur la Caisse des dépôts et consignations ;

« b) A cette fin, le contrôle de la Commission bancaire sur la Caisse des dépôts et consignations est exercé, dans les conditions prévues à l'article L. 613-20 et au I de l'article L. 613-23, selon les modalités prévues par les articles L. 613-6 à L. 613-11 et L. 613-15 ainsi qu'aux 1° et 2° du I de l'article L. 613-21.

« La Commission bancaire peut adresser à la Caisse des dépôts et consignations des recommandations ou des injonctions de prendre les mesures appropriées pour améliorer ses procédures ou son organisation.

« La Commission bancaire peut également prononcer à son encontre, soit à la place, soit en sus des sanctions prévues aux 1° et 2° du I de l'article L. 613-21, compte tenu de la gravité des manquements, une sanction pécuniaire d'un montant maximal égal au décuple du capital minimum auquel sont astreintes les banques. Les sommes correspondantes sont recouvrées par le Trésor public et versées au budget de l'Etat.

« Lorsqu'elle adresse des recommandations ou des injonctions à la Caisse des dépôts et consignations ou prononce des sanctions à son encontre, la Commission bancaire recueille préalablement l'avis de la Commission de surveillance mentionnée aux articles L.518-4 à L. 518-10.

« Pour la mise en œuvre du b du 1° du présent article, les articles L. 571-4, L. 613-20-1 et L. 613-20-2 sont applicables au groupe de la Caisse des dépôts et consignations et à ses dirigeants ;

« 2° Par l'Autorité des marchés financiers sur les organismes de placement collectif mentionnés au I de l'article L. 214-1, sur les sociétés de gestions de portefeuille mentionnées à l'article L. 532-9, sur les dépositaires centraux et les gestionnaires de systèmes de règlement et de livraison d'instruments financiers et sur les conseillers en investissements financiers ;

« 3° Par l'Autorité de contrôle des assurances et mutuelles sur les organismes et les personnes qui lui sont soumis en vertu de l'article L. 310-12 du code des assurances ;

« 4° Par le conseil de l'ordre du barreau auprès duquel les avocats sont inscrits, conformément à l'article 17 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions

judiciaires et juridiques. Il peut être assisté dans sa mission de contrôle par le Conseil national des barreaux conformément à l'article 21-1 de la même loi;
« 5° Par les chambres des notaires sur les notaires de leur ressort, conformément à l'article 4 de l'ordonnance n° 45-2590 du 2 novembre 1945 relative au statut du notariat ;
« 6° Par les chambres départementales des huissiers de justice sur les huissiers de justice de leur ressort, conformément à l'article 6 de l'ordonnance n° 45-2592 du 2 novembre 1945 relative au statut des huissiers de justice ;
« 7° Par la chambre de discipline des commissaires-priseurs judiciaires sur les commissaires-priseurs judiciaires de leur ressort, conformément à l'article 8 de l'ordonnance n° 45-2593 du 2 novembre 1945 ;
« 8° Par le conseil de l'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation sur les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, conformément à l'article 13-1 de l'ordonnance du 10 septembre 1817 qui réunit, sous la dénomination d'ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, l'ordre des avocats aux conseils et le collège des avocats à la Cour de cassation, fixe irrévocablement le nombre des titulaires et contient des dispositions pour la discipline intérieure de l'ordre ;
« 9° Pour les administrateurs judiciaires et les mandataires judiciaires, dans les conditions définies au titre Ier du livre VIII du code de commerce ;
« 10° Pour les commissaires aux comptes, dans les conditions définies au titre II du livre VIII du code de commerce ;
« 11° Par l'ordre des experts-comptables sur les experts-comptables et les salariés autorisés à exercer la profession d'expert-comptable, en application des articles 83 ter et 83 quater de l'ordonnance n° 45-2138 du 19 septembre 1945 portant institution de l'ordre des experts-comptables et réglementant le titre et la profession d'experts-comptables, conformément à l'article 1er de cette ordonnance ;
« 12° Par le conseil de ventes volontaires de meubles aux enchères publiques sur les sociétés de ventes volontaires de meubles aux enchères publiques, conformément aux articles L. 321-18 et L. 321-22 du code de commerce.
« II. — Le contrôle des obligations prévues aux chapitres Ier et II du présent titre est exercé sur les personnes mentionnées aux 8°, 9° et 15° de l'article L. 561-2 par des inspections conduites par l'autorité administrative compétente, selon des modalités définies par décret en Conseil d'Etat.
« Les inspections sont réalisées par des inspecteurs assermentés et spécialement habilités par l'autorité administrative.
« Les inspecteurs peuvent demander aux personnes contrôlées, sans que le secret professionnel ne puisse leur être opposé, communication de tout document quel qu'en soit le support et en obtenir copie, ainsi que tout renseignement ou justification nécessaire à l'exercice de leur mission.
« Les inspecteurs peuvent également obtenir des administrations de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des organismes mentionnés à l'article L. 134-1 du code des juridictions financières et de tout autre organisme ou personne chargé d'une mission de service public toutes les informations nécessaires à l'accomplissement de leur mission.
« Sous-section 2
« La Commission nationale des sanctions
« Art.L. 561-37.-Tout manquement aux dispositions des sections 3, 4, 5 et 6 du présent chapitre par les personnes mentionnées aux 8°, 9° et 15° de l'article L. 561-2 est passible des sanctions prévues par l'article L. 561-40.
« Art.L. 561-38.-Il est institué auprès du ministre chargé de l'économie une Commission nationale des sanctions chargée de prononcer les sanctions prévues à l'article L. 561-40. Elle est saisie des manquements constatés lors des contrôles effectués en application du II de l'article L. 561-36 :

« 1° Par le ministre chargé de l'économie ou le ministre chargé du budget pour les personnes mentionnées au 8° de l'article L. 561-2 ;
« 2° Par le ministre de l'intérieur, le ministre chargé de l'économie ou le ministre chargé du budget pour les représentants légaux et directeurs responsables de casinos et les cercles de jeux ainsi que pour les sociétés organisant des jeux de hasard, des loteries, des paris, des pronostics sportifs ou hippiques, mentionnés au 9° de l'article L. 561-2 ;
« 3° Par le ministre chargé de l'économie pour les personnes mentionnées au 15° du même article.
« La dissolution de la personne morale, la cessation d'activité ou la démission d'une personne mentionnée aux 8°, 9° et 15° de l'article L. 561-2 ne fait pas obstacle à la poursuite de la procédure de sanction à son encontre si les faits qui lui sont reprochés ont été commis pendant qu'elle était en activité.
« Art.L. 561-39.-I. — La Commission nationale des sanctions est composée d'un conseiller d'Etat, président, désigné par le vice-président du Conseil d'Etat, d'un conseiller à la Cour de cassation, désigné par le premier président de la Cour de cassation et d'un conseiller-maître à la Cour des comptes, désigné par le premier président de la Cour des comptes, ainsi que de quatre personnalités qualifiées en matière juridique ou économique.
« II. — Le président et les membres de la commission ainsi que leurs suppléants sont nommés par décret pour un mandat de cinq ans, renouvelable une fois. Ils sont tenus au secret professionnel.
« III. — La commission statue à la majorité des membres présents. En cas de partage égal des voix, celle du président est prépondérante.
« IV. — Un décret en Conseil d'Etat précise les conditions de fonctionnement de la commission.
« Art.L. 561-40.-La Commission nationale des sanctions peut prononcer l'une des sanctions administratives suivantes :
« 1° L'avertissement ;
« 2° Le blâme ;
« 3° L'interdiction temporaire d'exercice de l'activité pour une durée n'excédant pas cinq ans ;
« 4° Le retrait d'agrément ou de la carte professionnelle.
« La sanction de l'interdiction temporaire d'exercice peut être assortie du sursis. Si, dans le délai de cinq ans à compter du prononcé de la sanction, la personne sanctionnée commet une infraction ou une faute entraînant le prononcé d'une nouvelle sanction, celle-ci entraîne, sauf décision motivée, l'exécution de la première sanction sans confusion possible avec la seconde.
« La commission peut prononcer, soit à la place, soit en sus de ces sanctions, une sanction pécuniaire dont le montant est fixé compte tenu de la gravité des manquements commis et ne peut être supérieur à cinq millions d'euros. Les sommes sont recouvrées par le Trésor public.
« La commission peut décider que les sanctions qu'elle inflige feront l'objet d'une publication aux frais de la personne sanctionnée dans les journaux ou publications qu'elle désigne.
« La commission peut décider de mettre à la charge de la personne sanctionnée tout ou partie des frais occasionnés par les mesures de contrôle ayant permis la constatation des faits sanctionnés.
« Art.L. 561-41.-La Commission nationale des sanctions reçoit les rapports établis à la suite des contrôles effectués par les autorités administratives mentionnées au II de l'article L. 561-36 et notifie les griefs à la personne physique mise en cause ou, s'agissant d'une personne morale, à son responsable légal.
« Le cas échéant, ces griefs sont également notifiés à l'organisme central auquel est affiliée la personne en cause et portés à la connaissance de l'association professionnelle à laquelle elle adhère.
« Art.L. 561-42.-La Commission nationale des sanctions statue par décision motivée, hors la présence du rapporteur de l'affaire. Aucune sanction ne peut être prononcée sans que la personne concernée ou son représentant ait été entendu ou, à défaut, dûment convoqué.
« Art.L. 561-43.-Les recours formés contre les décisions de la Commission nationale des

sanctions sont des recours de pleine juridiction.
« Art.L. 561-44.-Les conditions d'application de la présente sous-section, notamment les conditions de récusation des membres de la Commission nationale des sanctions, sont définies par décret en Conseil d'Etat.

« Section 8
« Droit d'accès indirect aux données
« Art.L. 561-45.-Lorsque des données à caractère personnel font l'objet d'un traitement aux seules fins de l'application des articles L. 561-5 à L. 561-23 par une personne mentionnée à l'article L. 561-2, le droit d'accès s'exerce auprès de la Commission nationale de l'informatique et des libertés.
« La commission désigne l'un de ses membres appartenant ou ayant appartenu au Conseil d'Etat, à la Cour de cassation ou à la Cour des comptes pour mener les investigations utiles et faire procéder aux modifications nécessaires. Celui-ci peut se faire assister d'un agent de la commission.
« Les données peuvent être communiquées au demandeur lorsque la commission constate, en accord avec le service mentionné à l'article L. 561-23 et après avis du responsable du traitement, que leur communication n'est susceptible ni de révéler l'existence d'une déclaration prévue à l'article L. 561-15 ou des suites qui lui ont été données, ou l'exercice par le service mentionné à l'article L. 561-23 de son droit de communication prévu à l'article L. 561-26, ni de mettre en cause la finalité de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme lorsque les données sont relatives au demandeur et détenues dans le cadre de la mise en œuvre des dispositions des articles L. 561-8, L. 561-9 et L. 561-10.
« Lorsque la communication des données est susceptible de mettre en cause la finalité du traitement, la Commission nationale de l'informatique et des libertés, saisie par le demandeur, l'informe qu'il a été procédé aux vérifications nécessaires. »
Article 3
Le chapitre IV du titre VI du livre V du code monétaire et financier devient le chapitre II et est ainsi modifié :
1° Il est intitulé : « Obligations relatives au gel des avoirs » ;
2° Les articles L. 564-1 et L. 564-3 à L. 564-6 sont abrogés ;
3° L'article L. 564-2 devient l'article L. 562-1 et est ainsi modifié :
a) Au premier alinéa, la référence : « L. 564-1 » est remplacée par la référence : « L. 562-3 » ;
b) Les deuxième, troisième et quatrième alinéas sont supprimés ;
4° Le chapitre comporte une section 1, intitulée : « Gel des avoirs dans le cadre de la lutte contre le financement du terrorisme », qui comprend l'article L. 562-1, une section 2, intitulée : « Gel des avoirs dans le cadre des sanctions financières internationales », qui comprend l'article L. 562-2 et une section 3, intitulée : « Dispositions communes », qui comprend les articles L. 562-3 à L. 562-10;
5° La section 2 est ainsi rédigée :
« Section 2
« Gel des avoirs dans le cadre
des sanctions financières internationales
« Art.L. 562-2.-En application des résolutions adoptées dans le cadre du chapitre VII de la Charte des Nations unies ou des actes pris en application de l'article 15 du traité sur l'Union européenne, le ministre chargé de l'économie peut décider le gel, pour une durée de six mois, renouvelable, de tout ou partie des fonds, instruments financiers et ressources économiques détenus auprès des personnes mentionnées à l'article L. 561-2 qui appartiennent à des personnes physiques ou morales, organismes ou entités qui ont commis, commettent ou, de par leurs fonctions, sont susceptibles de commettre des actes sanctionnés ou prohibés par ces résolutions ou ces actes, les facilitent ou y participent et à des personnes morales détenues par ces personnes

physiques ou contrôlées, directement ou indirectement, par elles. Les fruits produits par les fonds, instruments et ressources susmentionnés sont également gelés. » ;
6° La section 3 est ainsi rédigée :

« Section 3
« Dispositions communes
« Art.L. 562-3.-Les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 qui détiennent ou reçoivent des fonds, instruments financiers et ressources économiques sont tenues d'appliquer les mesures de gel ou d'interdiction prises en vertu du présent chapitre.
« Art.L. 562-4.-Pour l'application du présent chapitre, on entend par fonds, instruments financiers et ressources économiques les avoirs de toute nature, corporels ou incorporels, mobiliers ou immobiliers, acquis par quelque moyen que ce soit, et les documents ou instruments légaux sous quelque forme que ce soit, y compris sous forme électronique ou numérique, qui prouvent un droit de propriété ou un intérêt ou un contrôle sur ces avoirs, incluant, notamment, les crédits bancaires, les chèques de voyage, les chèques bancaires, les mandats, les actions, les titres, les obligations, les traites et les lettres de crédit.
« Pour l'application du présent chapitre, le gel des fonds, instruments financiers et ressources économiques détenus auprès des personnes mentionnées à l'article L. 561-2 s'entend comme toute action visant à empêcher tout mouvement, transfert ou utilisation de fonds, instruments financiers et ressources économiques qui aurait pour conséquence un changement de leur montant, de leur localisation, de leur propriété ou de leur nature, ou toute autre modification qui pourrait en permettre l'utilisation par les personnes faisant l'objet de la mesure de gel.
« Art.L. 562-5.-Le ministre chargé de l'économie peut décider d'interdire, pour une durée de six mois renouvelable, tout mouvement ou transfert de fonds, instruments financiers et ressources économiques au bénéfice des personnes physiques ou morales, organismes ou entités auxquels ces fonds, instruments financiers et ressources économiques appartiennent et qui sont mentionnées à l'article L. 562-1 ou à l'article L. 562-2. Ces mesures s'appliquent également aux mouvements ou transferts de fonds, instruments financiers et ressources économiques dont l'ordre d'exécution a été émis antérieurement à la date de publication de la décision du ministre.
« Art.L. 562-6.-Les décisions du ministre arrêtées en application du présent chapitre sont publiées au Journal officiel et exécutoires à compter de la date de leur publication.
« Art.L. 562-7.-Les mesures de gel ou d'interdiction prises en vertu du présent chapitre s'imposent à toute personne copropriétaire des fonds, instruments financiers et ressources susmentionnés, ainsi qu'à toute personne titulaire d'un compte joint dont l'autre titulaire est une personne propriétaire, nue-propriétaire ou usufruitière mentionnée à l'article L. 562-1 ou à l'article L. 562-2.
« Ces mesures sont opposables à tout créancier et à tout tiers pouvant invoquer des droits sur les fonds, instruments financiers et ressources économiques considérés, même si l'origine de ces créances ou autres droits est antérieure à la publication de l'arrêté.
« Art.L. 562-8.-Le secret bancaire ou professionnel ne fait pas obstacle à l'échange d'informations entre les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 et les services de l'Etat chargés de mettre en œuvre une mesure de gel ou d'interdiction de mouvement ou de transfert des fonds, des instruments financiers et des ressources économiques lorsque ces informations peuvent permettre de vérifier l'identité des personnes concernées directement ou indirectement par cette mesure. Les informations fournies ou échangées ne peuvent être utilisées qu'à ces fins.
« Les services de l'Etat chargés de mettre en œuvre une mesure de gel ou d'interdiction de mouvement ou de transfert des fonds, des instruments financiers et ressources économiques et les autorités d'agrément et de contrôle des personnes mentionnées à l'article L. 561-2 sont autorisés à échanger les informations nécessaires à l'exercice de leurs missions respectives.
« Art.L. 562-9.-L'Etat est responsable des conséquences dommageables de la mise en œuvre de bonne foi, par les personnes mentionnées à l'article L. 561-2, leurs dirigeants ou leurs préposés,

des mesures de gel ou d'interdiction prévues à l'article L. 562-1 et à l'article L. 562-2. Aucune sanction professionnelle ne peut être prononcée à l'encontre de ces personnes, de leurs dirigeants ou de leurs préposés.

« Art.L. 562-10.-Les dispositions du présent chapitre ne sont pas applicables aux dépositaires centraux et aux gestionnaires de systèmes de règlement et de livraison d'instruments financiers.

« Art.L. 562-11.-Un décret en Conseil d'Etat fixe les conditions d'application des dispositions du présent chapitre, notamment les conditions dans lesquelles les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 sont tenues d'appliquer les mesures de gel ou d'interdiction de mouvement ou de transfert des fonds, instruments financiers et ressources économiques. »

Article 4

Au chapitre II du titre VII du livre V du code monétaire et financier, l'article L. 572-1 est ainsi rédigé :

« Art.L. 572-1.-Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende le fait, pour toute personne, agissant soit pour son propre compte, soit pour le compte d'une personne morale, de méconnaître l'une des interdictions prévues aux deux premiers alinéas de l'article L. 520-4.

« Est puni de la même peine le fait, pour toute personne, de méconnaître l'interdiction prescrite par l'article L. 520-5.

« Est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende le fait, pour toute personne soumise à l'obligation de déclaration mentionnée au II de l'article L. 520-2, de ne pas la souscrire ou de communiquer des renseignements inexacts à la Commission bancaire.»

Article 5

Au chapitre III du titre VII du livre V du code monétaire et financier, il est inséré un article L. 573-1-1 ainsi rédigé :

« Art.L. 573-1-1.-Le fait, pour tout dirigeant d'un prestataire de services d'investissement autre qu'une société de gestion de portefeuille ou d'une des personnes morales ou filiales mentionnées à l'article L. 613-10 ou pour tout dirigeant d'une entreprise de marché, d'un adhérent aux chambres de compensation ou d'une personne habilitée à exercer les activités de conservation ou d'administration d'instruments financiers, de ne pas répondre, après mise en demeure, aux demandes d'informations de la Commission bancaire, de mettre obstacle de quelque manière que ce soit à l'exercice par celle-ci de sa mission de contrôle ou de lui communiquer des renseignements inexacts est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende.»

Article 6

Le chapitre IV du titre VII du livre V du code monétaire et financier est ainsi modifié :

1° L'article L. 574-1 est ainsi rédigé :

« Art.L. 574-1.-Est puni d'une amende de 22 500 € le fait de méconnaître l'interdiction de divulgation prévue à l'article L. 561-19 et au II de l'article L. 561-26 ;

2° A l'article L. 574-2, la référence : « L. 563-5 » est remplacée par la référence : « L. 561-29 » ;

3° A l'article L. 574-3, la référence : « L. 564-1 » est remplacée par la référence : « L. 562-3 » et les mots : « chapitre IV » sont remplacés par les mots : « chapitre II » ;

4° Il est inséré un article L. 574-4 ainsi rédigé :

« Art.L. 574-4.-Est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende le fait pour les personnes mentionnées aux 8°, 9°, 10 et 15° de l'article L. 561-2 de ne pas répondre, après mise en demeure, aux demandes d'information de l'autorité administrative en charge de l'inspection mentionnée au II de l'article L. 561-36 ou de mettre obstacle de quelque manière que ce soit à l'exercice par celle-ci de sa mission de contrôle ou de lui communiquer sciemment des renseignements inexacts. »

Article 7

Après l'article L. 613-21 du chapitre III du titre Ier du livre VI du code monétaire et financier, il est inséré un article L. 613-21-1 ainsi rédigé :

« Art.L. 613-21-1.-Si un changeur manuel a enfreint une disposition du titre II du livre V, notamment s'il n'a pas respecté les conditions requises pour son autorisation, ou du titre VI du

même livre ou des textes réglementaires pris pour leur application, la Commission bancaire peut prononcer l'une des sanctions disciplinaires suivantes :
« 1° L'avertissement ;
« 2° Le blâme ;
« 3° Le retrait de l'autorisation d'exercer la profession de changeur manuel.
« La Commission bancaire peut interdire aux dirigeants de droit ou de fait des changeurs manuels d'exercer, directement ou indirectement, la profession de changeur manuel pour une durée de dix ans au plus.
« La Commission bancaire peut prononcer soit à la place, soit en sus de ces sanctions une sanction pécuniaire fixée en fonction de la gravité du manquement et qui ne peut excéder 1 million d'euros.
« Lorsque le changeur manuel est une personne morale, la Commission bancaire peut décider que ses dirigeants de droit ou de fait seront tenus solidairement au paiement de la sanction pécuniaire prononcée.
« Les sommes correspondantes sont recouvrées par le Trésor public et versées au budget de l'Etat.»

Article 8

Le code monétaire et financier est ainsi modifié :
1° L'article L. 161-1 est abrogé ;
2° La dernière phrase du troisième alinéa de l'article L. 211-4 est supprimée.

CHAPITRE II : DISPOSITIONS MODIFIANT LE CODE DE COMMERCE

Article 9

La sous-section 3 de la section 1 du chapitre III du titre II du livre Ier du code de commerce est ainsi modifiée :
1° Au deuxième alinéa de l'article L. 123-11, le mot : « entreprise » est remplacé par les mots : « personne morale » ;
2° Les sept derniers alinéas de l'article L. 123-11 sont supprimés ;
3° Après l'article L. 123-11-1, il est inséré un paragraphe 3 comprenant les articles L. 123-11-2 à L. 123-11-8, ainsi rédigé :
« Paragraphe 3
« Dispositions communes
« Art.L. 123-11-2.-L'activité de domiciliation ne peut être exercée dans un local à usage d'habitation principale ou à usage mixte professionnel.
« Art.L. 123-11-3.-I. — Nul ne peut exercer l'activité de domiciliation s'il n'est préalablement agréé par l'autorité administrative, avant son immatriculation au registre du commerce et des sociétés.
« II. — L'agrément n'est délivré qu'aux personnes qui satisfont aux conditions suivantes :
« 1° Justifier la mise à disposition des personnes domiciliées de locaux dotés d'une pièce propre à assurer la confidentialité nécessaire et à permettre une réunion régulière des organes chargés de la direction, de l'administration ou de la surveillance de l'entreprise ainsi que la tenue, la conservation et la consultation des livres, registres et documents prescrits par les lois et règlements ;
« 2° Justifier être propriétaire des locaux mis à la disposition de la personne domiciliée ou titulaire d'un bail commercial de ces locaux ;
« 3° N'avoir pas fait l'objet d'une condamnation définitive :
« a) Pour crime ;
« b) A une peine d'au moins trois mois d'emprisonnement sans sursis pour :
« — l'une des infractions prévues au titre Ier du livre III du code pénal et pour les délits prévus par des lois spéciales et punis des peines prévues pour l'escroquerie et l'abus de confiance ;
« — recel ou l'une des infractions assimilées au recel ou voisines de celui-ci, prévues à la section

2 du chapitre Ier du titre II du livre III du code pénal ;
« — blanchiment ;
« — corruption active ou passive, trafic d'influence, soustraction et détournement de biens;
« — faux, falsification de titres ou autres valeurs fiduciaires émises par l'autorité publique, falsification des marques de l'autorité ;
« — participation à une association de malfaiteurs ;
« — trafic de stupéfiants ;
« — proxénétisme ou l'une des infractions prévues par les sections 2 et 2 bis du chapitre V du titre II du livre II du code pénal ;
« — l'une des infractions prévues à la section 3 du chapitre V du titre II du livre II du code pénal ;
« — l'une des infractions à la législation sur les sociétés commerciales prévues au titre IV du livre II du présent code ;
« — banqueroute ;
« — pratique de prêt usuraire ;
« — l'une des infractions prévues par la loi du 21 mai 1836 portant prohibition des loteries, par la loi du 15 juin 1907 relative aux casinos et par la loi n° 83-628 du 12 juillet 1983 relative aux jeux de hasard ;
« — infraction à la législation et à la réglementation des relations financières avec l'étranger ;
« — fraude fiscale ;
« — l'une des infractions prévues aux articles L. 115-16 et L. 115-18, L. 115-24, L. 115-30, L. 121-6, L. 121-28, L. 122-8 à L. 122-10, L. 213-1 à L. 213-5, L. 217-1 à L. 217-3, L. 217-6 à L. 217-10 du code de la consommation ;
« — l'une des infractions prévues aux articles L. 8221-1 et L. 8221-3 du code du travail ;
« 4° N'avoir pas été l'auteur de faits ayant donné lieu, depuis moins de cinq ans, à une sanction disciplinaire ou administrative de retrait de l'agrément de l'activité de domiciliation;
« 5° N'avoir pas été frappé de faillite personnelle ou de l'une des mesures d'interdiction ou de déchéance prévues au livre VI du présent code.
« Art.L. 123-11-4.-L'agrément n'est délivré aux personnes morales que si les actionnaires ou associés détenant au moins 25 % des voix, des parts ou des droits de vote et les dirigeants satisfont aux conditions posées aux 3°, 4° et 5° de l'article L. 123-11-3.
« Lorsqu'une personne exploite un ou plusieurs établissements secondaires, elle justifie que les conditions posées au 1° et 2° de l'article L. 123-11-3 sont réalisées pour chacun des établissements exploités.
« Tout changement important dans l'activité, l'installation, l'organisation ou la direction de la personne soumise à agrément doit être porté à la connaissance de l'autorité administrative.
« Art.L. 123-11-5.-Les personnes exerçant l'activité de domiciliation mettent en œuvre les obligations relatives à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme définies au chapitre Ier du titre VI du livre V du code monétaire et financier.
« Art.L. 123-11-6.-Sont qualifiés pour procéder, dans le cadre de leurs compétences respectives, à la recherche et à la constatation des infractions aux dispositions des articles de la présente sous-section et des règlements pris pour leur application :
« 1° Les agents mentionnés à l'article L. 243-7 du code de la sécurité sociale ;
« 2° Les inspecteurs du travail et les contrôleurs du travail et fonctionnaires de contrôle assimilés au sens de l'article L. 8113-7 du code du travail ;
« 3° Les agents des caisses de mutualité sociale agricole mentionnés à l'article L. 724-7 du code rural.
« A cet effet, ils agissent, chacun pour ce qui le concerne, conformément aux règles de recherche et de constatation des infractions déterminées par les dispositions du code rural, du code de la sécurité sociale et du code du travail qui leur sont applicables.

« Les infractions sont constatées par des procès-verbaux faisant foi jusqu'à preuve du contraire et transmis directement au parquet.
« Art.L. 123-11-7.-Les conditions d'application du présent paragraphe sont déterminées par décret en Conseil d'Etat.
« Art.L. 123-11-8.-Est puni d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 7 500 € le fait, pour toute personne, d'exercer l'activité de domiciliation mentionnée à l'article L. 123-11-2 sans avoir préalablement obtenu l'agrément prévu à l'article L. 123-11-3 ou après le retrait ou la suspension de cet agrément. »

Article 10

Le code de commerce est ainsi modifié :
1° A l'article L. 321-18 du chapitre Ier du titre II du livre III, il est inséré un septième alinéa ainsi rédigé :
« 5° De vérifier le respect par les sociétés de ventes volontaires de meubles aux enchères publiques de leurs obligations prévues par le chapitre Ier du titre VI du livre V du code monétaire et financier en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme en se faisant communiquer, dans des conditions fixées par décret pris en Conseil d'Etat, les documents relatifs au respect de ces obligations. » ;
2° Au titre II du livre VIII :
a) Après l'article L. 821-12 du chapitre Ier, il est inséré un article L. 821-13 ainsi rédigé :
« Art. L. 821-13. - Lorsqu'elles constatent des faits susceptibles d'être liés au blanchiment de capitaux ou au financement du terrorisme, les personnes réalisant les contrôles et inspections prévus aux articles L. 821-7 et L. 821-8 en informent le service mentionné à l'article L. 561-23. » ;
b) L'article L. 823-12 de la section 3 du chapitre III est complété par un alinéa ainsi rédigé:
« Sans préjudice de l'obligation de révélation des faits délictueux mentionnée à l'alinéa précédent, ils mettent en œuvre les obligations relatives à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme définies au chapitre Ier du titre VI du livre V du code monétaire et financier. »

CHAPITRE III : DISPOSITIONS MODIFIANT D'AUTRES TEXTES

Article 11

Sont insérés au livre des procédures fiscales deux articles L. 135 T et L. 228 A ainsi rédigés :
« Art.L. 135 T. -Les services de l'Etat chargés de mettre en œuvre les mesures de gel des avoirs dans le cadre des articles L. 562-1 et L. 562-5 du code monétaire et financier ou du règlement (CE) n° 2580 / 2001 du 27 décembre 2001 concernant l'adoption de certaines mesures restrictives à l'encontre de certaines personnes et entités dans le cadre de la lutte contre le terrorisme et au titre des sanctions financières internationales décidées par l'Union européenne ou l'Organisation des Nations unies peuvent recevoir de l'administration des impôts tous les renseignements nécessaires à l'accomplissement de ces missions.»
« Art.L. 228 A. -Lorsque la commission des infractions fiscales mentionnée à l'article L. 228 examine les affaires soumises par le ministre du budget en application de la deuxième phrase du troisième alinéa du II de l'article L. 561-29 du code monétaire et financier, elle émet un avis sur le caractère raisonnablement suffisant des soupçons de fraude fiscale déclarés au service mentionné à l'article L. 561-23 du même code, en application du II de l'article L. 561-15. »

Article 12

La loi du 2 janvier 1970 susvisée est ainsi modifiée :
1° Après l'article 8-1, il est inséré un article 8-2 ainsi rédigé :
« Art. 8-2.-Les personnes exerçant les activités désignées aux 1°, 2°, 4°, 5° et 8° de l'article 1er de la présente loi, à l'exclusion de l'échange, la location ou la sous-location saisonnière ou non, en nu ou en meublé, mettent en œuvre les obligations relatives à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme définies au chapitre Ier du titre VI du livre V du code

monétaire et financier.
« L'autorité administrative en charge de l'inspection mentionnée au II de l'article L. 561-36 du code monétaire et financier assure le contrôle du respect des obligations prévues à l'alinéa précédent, dans les conditions définies à l'article L. 141-1 du code de la consommation.» ;
2° L'article 10 est complété par un alinéa ainsi rédigé :
« d) A toute personne morale dont les associés ou actionnaires détenant au moins 25 % des parts ou des droits de vote ont fait l'objet d'une condamnation irrévocable depuis moins de dix ans pour les infractions visées à l'article 9. »

Article 13

La loi du 31 décembre 1971 susvisée est ainsi modifiée :
1° A l'article 17, après le 12°, est inséré un 13° ainsi rédigé :
« 13° De vérifier le respect par les avocats de leurs obligations prévues par le chapitre Ier du titre VI du livre V du code monétaire et financier en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme et de se faire communiquer, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, les documents relatifs au respect de ces obligations.» ;
2° L'article 21-1 est complété par un alinéa ainsi rédigé :
« Le Conseil national des barreaux peut, dans les conditions prévues par décret en Conseil d'Etat, assister le conseil de l'ordre dans l'exercice de sa mission définie au 13° de l'article 17. »

Article 14

Dans l'ordonnance du 10 septembre 1817 susvisée, il est inséré un article 13-1 ainsi rédigé :
« Art. 13-1.-Le conseil vérifie le respect par les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation de leurs obligations prévues par le chapitre Ier du titre VI du livre V du code monétaire et financier en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme en se faisant communiquer, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, les documents relatifs au respect de ces obligations.»

Article 15

L'article 1er de l'ordonnance du 19 septembre 1945 susvisée est complété par un alinéa ainsi rédigé :
« Il doit vérifier le respect par les experts-comptables et par les salariés autorisés à exercer la profession d'expert-comptable en application des articles 83 ter et 83 quater de la présente ordonnance de leurs obligations prévues par le chapitre Ier du titre VI du livre V du code monétaire et financier en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme et se faire communiquer, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, les documents relatifs au respect de ces obligations.»

Article 16

A l'article 4 de l'ordonnance n° 45-2590 du 2 novembre 1945 susvisée, il est inséré un 10° ainsi rédigé :
« 10° De vérifier le respect par les notaires de leurs obligations prévues par le chapitre Ier du titre VI du livre V du code monétaire et financier en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme et de se faire communiquer, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, les documents relatifs au respect de ces obligations.»

Article 17

A l'article 6 de l'ordonnance n° 45-2592 du 2 novembre 1945 susvisée, il est inséré un 5° ainsi rédigé :
« 5° De vérifier le respect par les huissiers de justice de leurs obligations prévues par le chapitre Ier du titre VI du livre V du code monétaire et financier en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme et de se faire communiquer, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, les documents relatifs au respect de ces obligations.»

Article 18

Au 6° de l'article 8 de l'ordonnance n° 45-2593 du 2 novembre 1945 susvisée, après les mots : « de commissaires-priseurs judiciaires » sont insérés les mots : « ainsi que le respect par les

commissaires-priseurs judiciaires de leurs obligations prévues par le chapitre Ier du titre VI du livre V du code monétaire et financier en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme en se faisant communiquer, dans des conditions fixées par décret pris en Conseil d'Etat, les documents relatifs au respect de ces obligations.»

CHAPITRE IV : DISPOSITIONS FINALES ET TRANSITOIRES

Article 19

Les personnes mentionnées à l'article L. 561-2 du code monétaire et financier appliquent à leur clientèle existante les nouvelles obligations de vigilance prévues aux articles L. 561-5 à L. 561-14 de ce code, dans les meilleurs délais appréciés en fonction des risques et au plus tard dans un délai d'un an à compter de la publication du dernier des décrets prévus pour l'application de ces articles et, pour les relations d'affaires inactives, à leur première réactivation.

Article 20

Les personnes exerçant l'activité mentionnée à l'article L. 123-11-2 du code de commerce disposent, pour se mettre en conformité avec ses dispositions, d'un délai d'un an à compter de la publication du décret prévu à l'article L. 123-11-7 de ce code.

Article 21

Les changeurs manuels qui ont adressé une déclaration d'activité à la Banque de France avant la publication de la présente ordonnance bénéficient d'un délai de deux ans, à compter de cette publication, pour obtenir l'autorisation prévue à l'article L. 520-3 du code monétaire et financier.

Ils peuvent continuer à exercer légalement leur activité entre la date de publication de la présente ordonnance et celle à laquelle l'autorisation sollicitée dans les conditions ci-dessus définies leur est accordée ou refusée, à la condition de fournir, dans un délai de six mois à compter de la publication de la présente ordonnance, une attestation selon laquelle ils remplissent les conditions mentionnées au même article du même code, établie selon des modalités définies par arrêté du ministre chargé de l'économie.

Article 22

Le Premier ministre, la ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales, la ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi et la garde des sceaux, ministre de la justice, sont responsables, chacun en ce qui le concerne, de l'application de la présente ordonnance, qui sera publiée au Journal officiel de la République française.

Fait à Paris, le 30 janvier 2009.

Nicolas Sarkozy, Président de la République :
Le Premier ministre, François Fillon
La ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, Christine Lagarde
La ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales, Michèle Alliot-Marie
La garde des sceaux, ministre de la justice, Rachida Dati

Index alphabétique

abus de biens sociaux... 133, 136, 161, 162, 163, 165, 166, 169, 170, 202

abus de confiance119, 142, 145, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 161, 201, 319, 320

banqueroute163, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 175, 202, 203

collectivité9, 11, 14, 19, 206, 214, 216, 228, 235, 236, 263, 278, 288, 289, 290, 319, 320, 334, 335

commissaire aux comptes 109, 125, 176, 177, 178, 179, 180, 186, 187, 191, 192, 193, 203, 297

consentement52, 61, 63, 141, 149, 151, 152, 154, 158, 201, 202, 215, 259, 333

créances21, 24, 64, 65, 67, 68, 72, 73, 74, 80, 81, 83, 85, 87, 95, 100, 103, 114, 115, 121, 122, 123, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 133, 135, 139, 140, 158, 173, 244, 258, 270, 333

criminalité financière11, 13, 14, 16, 17, 206, 207, 208, 209, 214, 215, 216, 217, 264, 265, 288, 289, 291, 292, 299, 309, 310, 311, 312, 313, 315, 316, 317, 322, 323, 324, 325, 330, 331, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 389, 394

croissance59, 73, 90, 103, 133, 138, 166, 237, 243, 245, 246, 250, 251, 252, 263, 289, 290, 294, 317, 336

culture206, 208, 215, 217, 263, 265, 289, 290, 304, 308, 309, 311, 314, 324, 325, 330, 331, 335, 337, 339

développement25, 27, 54, 73, 82, 86, 87, 138, 197, 237, 245, 249, 250, 251, 257, 289, 336, 339

escroquerie51, 52, 53, 142, 145, 149, 150, 151, 152, 159

État19, 20, 21, 23, 24, 26, 28, 30, 31, 32, 38, 42, 48, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 69, 103, 137, 138, 179, 214, 218, 234, 243, 259, 282, 319, 332, 333

formations216, 262, 264, 291, 304, 310, 315, 323, 337

fraude9, 114, 190, 215, 266, 267, 268, 273, 299, 314, 315, 316, 317, 320, 321, 323, 325, 338

GAFI273, 277, 279, 284, 285, 286, 308, 309, 339

information15, 16, 17, 25, 79, 91, 101, 122, 142, 148, 151, 168, 175, 176, 182, 183, 184, 185, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 204, 223, 227, 230, 232, 240, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 251, 253, 257, 259, 264, 265, 278, 296, 334, 389

innovations82, 237, 241, 242, 243, 244, 246, 251, 253, 322, 336

marchés financiers9, 10, 11, 16, 22, 92, 96, 117, 128, 137, 162, 175, 182, 185, 198, 199, 200, 204, 219, 220, 226, 229, 230, 231, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 243, 245, 248, 249, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 262, 273, 289, 298, 312, 314, 317, 321, 325, 331, 333, 334, 336, 337, 338, 339, 390, 391, 392,

possession52, 104, 119, 140, 141, 142, 144, 145, 152, 153, 156, 158, 159, 201, 228, 269
produits dérivés10, 129, 234, 294, 295, 317, 318, 320, 321, 338, 393
propriété15, 23, 24, 48, 49, 61, 65, 78, 98, 115, 117, 118, 120, 121, 122, 123, 125, 126, 129, 130, 131, 138, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 148, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 160, 170, 200, 202, 228, 248, 250, 272, 284, 319, 333
régulation7, 8, 9, 11, 17, 22, 32, 110, 221, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 240, 245, 248, 249, 253, 254, 263, 283, 290, 296, 298, 299, 302, 304, 305, 325
relation d'affaire265, 274, 275, 276, 282, 299, 330
risque17, 28, 34, 44, 73, 80, 84, 86, 87, 101, 102, 118, 119, 120, 128, 129, 130, 163, 164, 166, 179, 220, 221, 223, 241, 243, 244, 246, 247, 253, 264, 267, 274, 276, 277, 284, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306,307, 313, 314, 318, 320, 329, 330, 336
*sécurité financière*85, 241, 297, 322, 323
stabilité financière220, 221, 222, 223, 242, 244, 252, 254, 281, 289, 388
subordination85, 86, 87, 88, 89, 134
système financier7, 8, 9, 10, 12, 21, 220, 221, 222, 223, 229, 231, 234, 235, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 250, 251, 252, 253, 254, 256, 260, 263, 264, 273, 289, 290, 291, 294, 298, 299, 329, 336
transparence15, 17, 42, 45, 101, 107, 175, 176, 184, 198, 203, 204, 221, 232, 233, 249, 255, 256, 257, 333, 389, 390
valeurs mobilières73, 74, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 87, 88, 89, 90, 95, 97, 102, 114, 115, 117, 120, 128, 138, 139, 140, 151, 181, 201, 203, 273, 274, 293, 333
volonté40, 48, 63, 65, 66, 68, 82, 88, 89, 140, 141, 142, 145, 148, 152, 153, 156, 157, 158, 174, 189, 201, 202, 207, 255, 256, 269, 298, 299, 302, 318, 333

Bibliographie :

Thèses :

Anne Dominique Merville, *la spéculation en droit privé,* thèse pour le Doctorat, Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne, 2001

E. Garaud, *la transparence en matière commerciale*, thèse, Limoges, 1995.

M. Roussille, *La compensation multilatérale,* thèse pour le Doctorat., Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, 2004

P.MOREL, l'utilisation en bourse d'informations privilégiées, Evolution conceptuelle, Thèse pour le Doctorat, Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 1984

Pierre Batbie, *de la répression du faux monnayage,* thèse pour le doctorat, université de Toulouse, 1936

Samouel Béji, « Le développement financier pour les pays du Sud de la Méditerranée à l'épreuve de la mondialisation financière», *THESE POUR LE DOCTORAT*, Université PARIS XIII, 11 décembre 2009

V. J. Marte, *les marchés à terme et l'exception de jeu,* thèse Toulouse, 1932

Yves Bianco-Brun, *la falsification monétaire,* thèse pour le Doctorat, Université de Bordeaux I, le 28 juin 1978

Articles :

« Réforme des back-offices : *le projet de règlement-livraison » in Banque, octobre 1988, n°487.*

A Vialard, l'offre publique de contrat, revue trimestrielle de droit civil 1971, n°38

A. Caillemer du Ferrage et P. Goutay, *Obligation de concentration et produits dérivés,* Banque et Droit, janvier-février 2000, n°69

A. de Foucaud et A. Goix, *Evolution des règles relatives à la fixation du prix en matière d'offres publiques,* banque et droit, mars-avril 2002, n°82

Amandine Scherrer, *la circulation des normes dans le domaine du blanchiment d'argent : le rôle du G7/8 dans la création d'un régime global,* Culture & Conflits, n°62, printemps 2006

Bertrand Bricheux, *« Et si la finance se mettait au service de la paix ? »* L'AGEFI hebdo, 11-17 avril 2013, p.6

Catherine Véret, Patrick Naïm, *gérer et évaluer les risques opérationnels extrêmes,* REVUE BANQUE, mai 2011, n°736

D. Robine, *la sécurité des marchés financiers face aux procédures collectives*, LGDJ 2003 n° 328 et s. spec. N°390

E. Macko, *les concepts fondamentaux d'un marché à terme d'instruments financiers,* Banque, novembre 1985, n°455

Edouard Lederer, « *le Sénat dévoile ses propositions pour lutter contre la fraude fiscale »,* Les Echos, 25 octobre 2013

F. Warembourg-Auqe, « *Réflexion sur le secret professionnel », RSC* 1978

G. Goffaux-Callebaut, *« part sociale », n°1, Répertoire des Sociétés Dalloz*

Georges Pauget, « *Les régulateurs se trompent-ils d'objectifs ? »,* Revue Banque, avril 2011, n°735, p.42

Gill HAMMOND, *Définitions et caractéristiques de la stabilité financière pour les Pays en Développement*, In Revue Économique et Monétaire, N° 1, 2007

Gilles Duteil, *Les "carrousels de TVA" ou le pillage organisé du budget de l'État,* Banque Stratégie n° 268 mars 2009

H de Vauplane et C. Denoun, *les justifications de la lutte pénale contre les opérations d'initiés,* les petites affiches, 28 mars 1994, n°37

H. de Vauplane, *le régime juridique du transfert de propriété des titres* cotés, Banque et droit, mai-juin 1994, n°35

H. de Vauplane, *monopole d'intermédiation et obligation de concentration sur marchés réglementés*, banque et droit, mars-avril 1998, n° 58

H. de Vauplane, *sécurité et responsabilité des opérations sur produits,* revue droit bancaire et bourse, n°52, novembre-décembre 1995

H. Le Nabasque et A. Reygrobellet, *la création des valeurs mobilières et l'inscription en compte,* revue droit bancaire et financier, juillet-août 2000

H. Synvet, *Le nouveau droit boursier français après la loi « sécurité et transparence du marché* financier », revue droit bancaire et bourse, janvier-février 1990, n°17

J. Slama, *La régression démocratique,* Fayard 1995. *Adde* A.Etchegoyen, « *Propos introductifs »,* in « *Secrets et transparence, le vice ou la vertu ? l'information sur les entreprises à la croisée des chemins », GP* n°spécial, 15-19 juillet 2005

J. Terray, « *La titrisation des crédits* », Bulletin Joly, 1990, n°181

J.-F. Biard et J.- P. Mattout, *les offres publiques d'acquisition : l'émergence de principes directeurs de droit boursier,* banque et droit, mars-avril 1993, n°28

J.-J. Daigre, D. Bompoint et F. Basdevant, *les pactes d'actionnaires dans les sociétés cotées. Contenu. Action de concert. Exécution, Actes pratiques et ingénierie financière,* juillet-août 2002, n°64

J.-M. Bossin et D. Lefranc, *La compensation des opérations de marché à terme,* Banque, février 1994, n°545

J.M. Bossin et D. Lefranc, *La compensation des opérations de marchés à terme,* Banque, février 1994, n°545

Jean François Boulier, *« L'imparfait de l'efficience »* L'AGEFI hebdo, 21-27 mars 2013, p.16

Jean Paul Philippe, Noel Pons, « *Il faut renforcer la lutte contre l'hydre de la criminalité financière »*, Le Monde, mercredi 10 juillet 2013

Jean Paul Pollin, « Réguler la liquidité bancaire », *Revue d'Economie Financière*, juin 2009, n° 94,

Joseph E. Stiglitz and Andrew Weiss, *Credit Rationing in Markets with Imperfect Information,* The American Economic Review Vol. 71, No. 3 (Jun., 1981)

L. Poyer, *spécificité et modernité du régime français de dématérialisation des valeurs mobilières,* revue CMF, octobre 1997, n°2

Lauwick, *De nouvelles solutions pour la gestion des risques,* Banque n°548

Les Cahiers du CREAD n°87 /2009 73

M. Nussembaum, *les sources de risque et de sécurité sur les marchés financiers de produits dérivés,* les petites affiches, mai 1996, n°56

Michel Beaussier, Henri Quintard, *Blanchiment de capitaux et Financement du terrorisme « analyse et mise en œuvre pratique de la troisième directive européenne »* REVUE BANQUE édition, Paris 2010

Michel DIETSCH Philippe WAHL, *SYSTEME FINNCIER ET CREATION DE VALEUR* Revue d'Économie Financière, JUIN 2012, N°106

Mishkin Understanding financial crisis: A developing country perspective, NBER working paper, May, 1996

Olivia Dufour, « *De la criée à la nanoseconde, 20 ans d'évolution »* L'info AMAFI, n°100 juin 2011, p.17

P. Didier, *« La théorie contractualiste de la société »,* Revue Sociétés, janvier 2000

P. Gissiger, *l'amélioration de la sécurité juridique des produits dérivés de gré à gré, in La modernisation des activités financières,* GLN Joly éd ; 1996 et spéc. n°369

P. Goutay, *Responsabilité des intermédiaires : compensation et règlement-livraison, Banque et Droit, mars-avril 2000, n°70*

Paul SAMUELSON, *The Atlantic,* interview de Conor Clarke, 18 juin 2009

R Allouche et F. Peltier, *le nouveau régime des prêts de titres*, revue droit bancaire et bourse, janvier-février 1992, n°29

Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanesb, Andrei Shleifer and Robert Vishny, *Investor Protection and Corporate Governance,* RWP01-017, Department of Economics, Harvard University, Cambridge, May 2012

Revue d'Economie Financière, « *Information et formation économiques et financières »,* août 2010, n°98/99

Revue d'Economie Financière, « *La finance non réglementée »,* mars 2013, n°109

Revue d'Economie Financière, « *Le risque systémique, 1. Repenser la finance »,* décembre 2010, n°100

Revue d'Economie Financière, « *Le risque systémique, 2. Repenser la supervision »,* mars 2011, n°101

Revue d'Economie Financière, « *Regards sur la crise financière »,* mars 2010, n°97

T. Bonneau, « *valeurs mobilières et titres financiers en droit français* », RD bancaire et financier, mars-avril 2009

Texte français, « Mon new deal », traduit de l'anglais par Marc Mousli, l'*Économie politique,* juillet 2005, n°27

Thierry Francq, « *A quoi servent les marchés financiers ? »,* Revue Banque hors-série, mai 2011, p.6

Ursula Cassani, *le puzzle des infractions préalables au blanchiment : hasard ou système ? In* la lutte contre le blanchiment d'argent : pistes d'actions entre prévention et répression, l'Harmattan, Paris 2009

V A. Lunel-Jurgensen et F.Guéranger, *le réméré, la pension et le prêt de titres, banque,* février 1992, n°524 ; mars 1992, n°525 ; avril 1992, n°526

V. N.Rontchevski, « *Liberté d'expression et délits boursiers », Bull. Joly 2001, p.211, §42 ; D.* Schmidt, « Transparence et marchés et marchés financiers et boursiers », in *La transparence,* Revue de jurisprudence commerciale, 1993

Valérie Landrieu, « *cours anticorruption dans les business schools »,* Les Echos, lundi 7 Octobre 2013, p.40

Vincent Jacob, *« Régulation financière, approche comparative Europe/Etats-Unis : le monde financier a-t-il changé ? »* Revue Banque, mars 2011, n°734, p.51

Y Guyon, *Le régime juridique des prêts de titres,* Revue droit bancaire et boursier, mars-avril 1988, n°6

Rapports :

B. Doumayrour, *rapport introductif, table ronde n°4 « quelle régulation pour quels marchés ?,* in Les entretiens de la COB, 14 novembre 1996

COB, *l'exécution des ordres de bourse,* Bulletin mensuel, janvier 1995, n°287

H. Le Pas de Sécheval, *la protection des investisseurs lors des offres publiques : la place de l'information,* Bulletin. COB, décembre 2001, n°363

Illicit Financial Flows and the Problem of Net Resource Transfers from Africa: 1980-2009, Joint Report by African Development Bank and Global Financial Integrity, May 2013

J. Terray, *les aspects juridiques des opérations sur les marchés organisés,* in Quatrièmes rencontres de la BNP « Banque et entreprises : *la couverture des risques par les opérations de marché »*

J.-M Thivaud, *Le phénomène financier et les marchés financiers en perspective historique jusqu'à la création de la bourse de Paris (1724),* in Les entretiens de la COB (14 novembre 1996) « quelle place pour les nouveaux espaces financiers ? » compte rendu, février 1997

Rapport de synthèse : *contrôle des activités sur produits dérivés de gré à gré*, revue CMF, octobre 2000, n°32

Rapport n° 87 (2013-2014) de M. Éric BOCQUET, fait au nom de la Commission d'enquête sur le rôle des banques, déposé le 17 octobre 2013

V.C. de Boissieu et M. Aglietta, *les marchés dérivés de gré à gré et le risque systémique,* Bull. COB, septembre 1994, n°283

COB, Bulletin mensuel, février 2003, n°376

Ouvrages et manuels:

A. Mater, *Traité juridique de la monnaie et du change*, Dalloz, 1925

Alain Bauer, Christophe Soullez, *Une Histoire criminelle de la France*, Odile Jacob, Paris, 2012, p. 365

Alain Ruttiens, *Futures, Swaps, Options, « Les produits financiers dérivés », Guide pratique*, 3e édition, édipro, Liège, 2009

Aziz Belayachi, Mylène Bureau, *lutter efficacement contre le blanchiment de capitaux*, éditions l'Argus de l'assurance, Antony, 2013

B. Cordier, *Le renforcement des fonds propres dans les sociétés anonymes,* LGDJ, 1989

Catherine Blatier, *Introduction à la psychocriminologie*, Dunod, Paris, 2010, p. 146

Catherine Blatier, *Les personnalités criminelles, évaluation et prévention*, Dunod, Paris, 2011, p. 149

Christian Chavagneux, *Une brève histoire des crises financières « Des tulipes aux subprimes »*, Éditions La Découverte, Paris, 2011

Christian De Boissieu, *Les vitesses de circulation de la monnaie, une approche conflictuelle*, éditions Cujas, Paris 1975, p.240

Claude Ducouloux-Favard, *Les paradis fiscaux et judiciaires « de la fraude au crime »* Riveneuve Editions, Paris 2010

D. Legeais, *l'apport du droit des marchés financiers au droit des garanties réelles,* Mélanges Cabrillac, Dalloz Litec, 1999

Damien de Blic, Jeanne Lazarus, *Contre l'argent fou* « *Les rebelles* », Société éditrice du Monde, Paris 2012

Daniel Stoll, *l'argent n'a-t-il vraiment pas d'odeur en matière fiscale ?* In *La lutte contre la criminalité économique : réponses interdisciplinaires à un défi global,* l'Harmattan, Paris 2010

Daniel Szpiro, *Économie monétaire et financière*, éditions De Boeck Université, Bruxelles, 2009.

Dominique Plihon, « *Propositions pour une prévention renforcée des risques systémiques* », en coll. avec Michel Castel, Rapport Moral sur l'Argent dans le Monde, 2008

E. Zola, « *l'argent* » Edition GF Flammarion, Paris, 2009

Éric Vernier, *Techniques de blanchiment et moyen de lutte*, 3e édition, Dunod, Paris, 2013, p. 291

F. Fourquet, *Richesse et puissance. Une généalogie de la valeur,* La Découverte, 1989

France Drummond, *Droit des marchés financiers*, en collaboration avec Th. Bonneau, Economica, 3e édition, 2010

Franck Verdun, *la gestion des risques juridiques,* Éditions d'Organisation Groupe Eyrolles, Paris, 2006

Frédéric Debove, François Falletti, Thomas Jauville, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, 4e édition, Presses universitaires de France, Paris, 2012, p. 911

Frédéric Mishkin, *Monnaie, banque et marchés financiers,* 8e édition, Pearson Education, Paris, 2007

G. Bonet, « *La condition d'absence d'intérêt personnel et de faute chez l'appauvri pour le succès de l'action in rem verso* », Et. Hébraud, 1981

Gilles Favarel-Garrigues, Thierry Godefroy, Pierre Lascoumes, « *Les sentinelles de l'argent sale, les banques aux prises avec l'anti blanchiment* », éditions La Découverte, Paris, 2009

H. de Page, *l'obligation abstraite en droit interne et en droit comparé,* Bruxelles, Bruyant, 1957

J. A Schumpeter, *Théorie de la monnaie et de la banque, l'essence de la monnaie,* tome 1 et 2, Les Cahiers d'Economie Politique, L'Harmattan, 2005

J. Béguin, « *l'affirmation de l'autonomie du droit commercial* », in *le discours et le Code, Litec, 2004*

J. Hamel, « *Réflexions sur la théorie juridique de la monnaie* », Mélanges Sugiyama, *in* Rémy Libchaber, *recherches sur la monnaie en droit privé,* L.G.D.J, Paris, 1992

Jean Bouchary, *les faux-monnayeurs sous la révolution française,* Librairie Marcel Rivière et Cie, Paris, 1946

Jean Dubois, Henri Mitterand, Albert Dauzat, *grand dictionnaire Etymologique & Historique du français,* LAROUSE, Paris 2001

John Gray, *False Dawn*: *The desilusions of global Capitalism*, New Press, 1998

L. Goldon, *Les obligations de l'associé,* Economica, 1999

Laurent L. Jacque, *Les produits dérivés et les grands désastres financiers « Ingénierie défaillante et supercherie »*, traduit et adapté par Anthony Gribe, Economica, Paris 2011

Luc Boltanski, Élisabeth Claverie, Nicolas Offenstadt, Stéphane Van Damme, *Affaires, scandales et grandes causes, de Socrate à Pinochet*, Stock, Paris, 2007, p. 459

Ludovic François, Pascal Chaigneau, Marc Chesnay, *criminalité financière, « comment le blanchiment de l'argent sale et le financement du terrorisme sont devenus une menace pour les entreprises et les marchés financiers »*, éditions d'Organisations, Paris, 2002

Mann, *The legal aspect of money, with special reference to Comparative Private and Public International law,* Clarendon Press, Oxford, 4e éd. 1982

Marie-Paule LUCAS de LEYSSAC, ALEXIS MIHMAN, *droit pénal des affaires, manuel théorique et pratique,* édition Economica, 2009

Michel AGLIETTA, *La Crise. Les voies de sortie,* édition Michalon, *2010*

Mickaël R. Roudaut, *Marchés criminels, un acteur global*, Presses universitaires de France, Paris, 2010, p. 287

Nicolas Bourgoin, *Les chiffres du crime, statistiques criminelles et contrôle social* (France, 1825-2006), L'Harmattan, Paris, 2008, p. 174

Nicolas Eber, *théorie des jeux,* 2e édition Dunod, Paris 2007

Nussbaum A. *Money in the law, national and international*, Brooklyn, 1950, *In* Rémy Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privée,* LGDJ, Paris 1992

O. Salvat, « *Le recours du tiers contre la personne dont il a payé la dette »,* Defrénois, Paris, 2004

Odilon Audouin, *guide opérationnel de lutte anti blanchiment dans la banque,* éditions AFGES, Paris 2007

Paul Krugman, « *Pourquoi les crises reviennent toujours »,* éditions du Seuil, 2009

Ph. Conte et W. Jeandidier, *Droit pénal des sociétés commerciales,* Litec, 2004

Ph. Wood, *Law & Pratice of international Finance,* Sweet & Maxwell, Londres, p.403, *In* Zine Sekfali, *Droit des financements structurés,* REVUE BANQUE édition, Paris, 2004

Philippe Jorion, *the benchmark for Managing Financial Risk,* second edition McGraw-Hill

Philippe Malurie, Laurent Aynès, Philippe Stoffel-Munck, *Les obligations*, 3e édition, Defrénois, Paris, 2007

Raymond W. Baker, *Le talon d'Achille du capitalisme : l'argent sale et comment renouveler le système d'économie de marché*, Éditions Alterre, Outremont 2007

Rémy Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privée*, LGDJ, Paris 1992

Robert Cario, *Introduction aux sciences criminelles pour une approche globale et intégrée du phénomène criminel*, 5e édition, L'Harmattan, Paris, 2005, p. 276

Robert H. Frank, Ben S. Bernanke, *Principes d'économie*, 4e édition, Économica, Paris, 2009

Roger Bernardini, *Droit criminel, volume II : l'infraction et la responsabilité*, Larcier, Bruxelles, 2012, p. 491

S. Prat, *les pactes d'actionnaires relatifs au transfert des valeurs mobilières,* litec, 1992

Serge Grinchard, Jacques Buisson, *Procédure pénale*, 8e édition Lexis Nexis, Paris, 2012, p. 1634

Yvaine BUFFELAN-LANORE, Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil « les obligations »*, 13e édition, Dalloz, Paris 2012

Yvaine BUFFELAN-LANORE, Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil « les obligations »*, 13e édition SIREY, Paris 2012

Zine Sekfali, *Droit des financements structurés*, REVUE BANQUE édition, Paris, 2004

Sitographie:

http://www.imf.org/external/french/

http://www.banque-france.fr

http://www.fatf-gafi.org/fr/

http://www.financialstabilityboard.org/

http://www.ecb.europa.eu/euro/html/index.en.html

http://www.un.org/fr/aboutun/

http://www.fausse-monnaie.com/v2/index.php

http://www.taoaproject.org/les-monnaies-sociales/

http://www.scaneuros.com/index.html

http://www.lemonde.fr/

http://www.aef.asso.fr/rubrique.jsp?prm=9

http://www.agefi.fr/

http://www.amf-france.org/

http://www.acpr.banque-france.fr/accueil.html

http://www.leconomiepolitique.fr/mon-new-deal_fr_art_253_25867.html

http://www.gfintegrity.org/component/option,com_frontpage/Itemid,80/

http://www.coface.fr/

http://www.senat.fr/rap/r13-087-1/r13-087-1.html

Table des matières

Liste des principales abréviations 8

Introduction 10

Première partie. La notion d'intégrité financière 24

Titre 1. Nature circulatoire des objets de l'intégrité financière 25

Chapitre 1. La circulation de la monnaie 26

Section 1. Le fonctionnement de la monnaie 26

I. Émanation extra-étatique de la monnaie 26

1. Limite de la théorie étatiste de la monnaie 26

2. Rôle supplétif de l'État dans la création monétaire 28

II. Fonctionnement unitariste de la monnaie 32

1. Dualisme monétaire 32

2. L'unité de paiement dans le nominalisme monétaire 34

Section 2. Origine fiduciaire de la circulation monétaire 36

I. La création monétaire 36

1. Histoire de la monnaie fiduciaire 37

2. Le concept de monnaie 41

II. Origine du monopole étatique dans la circulation monétaire 45

1. La falsification monétaire 45

2. La protection pénale de la monnaie 52

Chapitre 2. Circulation des obligations monétaires 62

Section 1. Prépondérance des obligations de sommes d'argent 62

I. L'obligation de somme d'argent 62

1. Détermination de la valeur dans l'obligation 62

2. Exécution de l'obligation monétaire 63

II. Mécanisme de transfert des obligations 65

1. La création de l'obligation 65

2. Le transfert de l'obligation 68

Section 2. Circulation économique des obligations 72

I. Nature patrimoniale des obligations 73

1. Les valeurs mobilières 73

2. Les opérations sur les valeurs mobilières 88

II. Les mécanismes de transfert des titres sociaux et des créances 111

1. La circulation des éléments du passif : le transfert des valeurs mobilières 111

2. La circulation des éléments de l'actif : le transfert des créances 121

Conclusion titre 1 131

Titre 2. Les régimes protectionnistes de l'intégrité financière 134

Chapitre 1. Protection de la propriété du patrimoine 135

Section 1. Protection des droits réels 135

I. Protection de la possession des biens 135

1. Protection de la volonté possessive 135

2. Protection du consentement dispositif 143

II. Protection des remises précaires 147

1. Remises sans effet translatif de propriété 147

2. Remises constitutives de sûretés 152

Section 2. Protection des droits sociaux 154

I. La personne morale saine 154

1. Le patrimoine social 155

2. Prohibition de la confusion des intérêts 158

II. La personne morale en difficulté 160

1. Les conditions de la difficulté 160

2. La protection de la solvabilité 164

Chapitre 2. Protection de l'information financière 168

Section 1. Les informations identifiant le patrimoine 168

I. Nécessité des contrôles du CAC 168

1. Le monopole du contrôle légal 169

2. Impartialité des contrôles du CAC 170

II. Identification du patrimoine 172

1. Déclaration du patrimoine social 172

2. La publication des comptes sociaux 174

Section 2. La protection de la transparence 176

I. Les informations interdites 176

1. Les interdictions imputables au CAC 176

2. Les altérations adressées aux assemblées 179

II. Les informations boursières 185

1. L'information privilégiée 186

2. Incrimination de l'information déformée 189

Conclusion titre 2 192

Conclusion première partie 196

Deuxième partie. Les qualités opératoires de la notion d'intégrité financière 199

Titre 1. Utilité sociale d'une notion d'intégrité financière 200

Chapitre 1. Pertinence d'une notion d'intégrité financière 201

Section 1. Intérêt dans la recherche anti criminelle 201

I. Définition de la criminalité financière 201

1. Perspective légaliste 201

2. Perspective moraliste 207

II. Construction d'une culture anti criminelle 212

1. Hétérogénéité culturelle dans la perspective légaliste 212

2. Homogénéité des perceptions dans la perspective moraliste 213

Section 2. Détermination de la valeur « intégrité financière » 213

I. Recherche d'une notion d'intégrité financière 214

1. Appréhension ex nihilo de l'*intégrité financière* 214

2. Approche socio-économique de l'intégrité financière 220

II. Cadre d'analyse et circonscription du vocable « intégrité financière » 247

1. Outils d'analyse pluridisciplinaire 247

2. Observation d'un besoin d'intégrité financière 253

Chapitre 2. Approche de l'intégrité financière dans la LAB/FT 256

Section 1. Traçabilité dans la LAB 256

I. Construction du circuit 256

1. L'identification de l'origine des sommes 256

2. Nature relative de l'incrimination de blanchiment 259

II. Subjectivité des indices 265

1. La corruption de la relation d'affaires 265

2. L'approche par les risques 266

Section 2. Spécificités monétaires du blanchiment 269

I. Spécificités monétaires des assujettis 269

1. Les assujettis légaux 270

2. Les assujettis tacites 272

II. Spécificités monétaires des infractions sous-jacentes 274

1. Limite du critère de seuil 274

2. Détermination des infractions sous-jacentes 275

Conclusion titre 1 277

Titre 2. L'intégrité financière dans la gestion du risque de blanchiment 281

Chapitre 1. Le risque de blanchiment 282

Section 1. Le risque 283

I. Appréhension historique du risque 283

1. Évolution sémantique 283

2. Approche économique du risque 284

II. Appréhension contemporaine du risque 286

1. Nature protéiforme du risque 286

2. Conflit juridico-financier de la gestion du risque de blanchiment 287

Section 2. Gestion du risque de blanchiment dans les établissements bancaires 290

I. Traitement du risque de blanchiment 290

1. Les approches du risque de blanchiment 290

2. La gestion des profils dans la lutte anti blanchiment 293

II. Intégration stratégique du risque de blanchiment 294

1. L'alibi des outils informatiques 294

2. La contrainte du risque réputationnel 295

Chapitre 2. Apport de la notion d'intégrité financière dans la construction du cadre conceptuel et pratique du *Compliance officer* 297

Section 1. Absence du cadre conceptuel 297

I. Les causes de fond : l'édification de la profession 297

1. La jeunesse de la fonction 297

2. L'absence d'homogénéité culturelle 299

II. Les causes de forme : la définition des outils de la profession 300

1. La recherche d'outils de modélisation 301

2. Extension du champ des compétences 302

Section 2. Construction du cadre pratique 304

I. La définition des missions du *Compliance officer* 304

1. Circonscription des techniques de fraude 304

2. Les fraudes de structuration 306

II. Formation du Compliance officer 310

1. L'objet de la formation 310

2. Nécessité d'une formation initiale 312

Conclusion titre 2 317

Conclusion deuxième partie 320

Conclusion générale 323

ANNEXE 332

Index alphabétique 358

Bibliographie : 360