

Newsletter
Novembre
2019

Dans ce numéro :

Edito p. 1

Veille - Détachement - Devoir de vigilance du donneur d'ordre

Publication

Abus de biens sociaux - Responsabilités pénale et civile du dirigeant p. 2

Détachement - Proportionnalité des amendes

Fiscalité - Conditions de cumul des poursuites p. 3

Compliance - Directive européenne sur la protection des lanceurs d'alerte

Fiche pratique - Accès au dossier d'enquête p. 4

Edito

L'accès au dossier d'enquête fait souvent l'objet de l'une des deux premières questions posées lorsqu'un contentieux pénal s'annonce. Le secret est certes de principe mais pas pour toutes les pièces, ni tout le temps : pour en simplifier la compréhension, nous en avons dressé une synthèse (page 4).

L'autre question posée est celle de la peine et du risque, lequel n'est alors envisagé que lorsque la crise se manifeste. Si la protection de l'entreprise passe classiquement par une identification et une anticipation des responsabilités en matière commerciale, environnementale, sociale et fiscale, mener une réflexion centrée sur les enjeux pénaux paraît parfois secondaire, le parti étant sans doute pris de considérer que ces derniers ne sont qu'une conséquence des premiers.

On ne peut pourtant plus ignorer l'importance des procédures pénales liées à ces matières. Cela est particulièrement vrai en matière fiscale où, à ce jour, 90% des cas de fraude et de blanchiment donnent lieu à des poursuites (*infostat justice*, mai 2019). Cela le sera davantage encore, dès lors que le « verrou de Bercy » a perdu de son importance : la loi du 24 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude prévoit que l'administration est tenue de dénoncer au Parquet les faits qu'elle a examinés dans le cadre de son pouvoir de contrôle, lorsqu'ils ont conduit à l'application de majorations importantes (plus de 40 %), sur des droits éludés d'un montant supérieur à 100.000 Euros. Et la Chambre criminelle vient, par plusieurs décisions du 11 septembre dernier, de dégager les premiers critères permettant le cumul des procédures fiscales et pénales (page 3). L'enjeu est donc de taille.

Cela est vrai également en matière de travail illégal notamment où, par exemple, le respect du devoir de vigilance tel qu'expressément prévu par le Code du travail ne garantit en rien d'une absence de constitution d'infraction pour les donneurs d'ordre – les logiques sont distinctes -. Dans ce domaine, particulièrement en matière de détachement, les obligations évoluent et les moyens de contrôle sont constamment renforcés (page 1), obligeant à s'assurer de la fiabilité des procédures internes.

Quant au dirigeant lui-même, l'entrecroisement des obligations le concernant se manifestent à l'évidence lorsqu'il faut répondre d'une accusation d'abus de biens sociaux, les conventions réglementées prenant alors une importance particulière, tout comme l'impossibilité de s'exonérer des conséquences pécuniaires d'un ABS commis pour le compte d'une société tierce (page 2).

Dans un contexte où des obligations sont directement imposées au dirigeant de l'entreprise – on pense notamment aux obligations issues de la loi Sapin II – l'analyse croisée entre les différentes disciplines s'avère plus que jamais essentiel, et l'anticipation du risque pénal une nécessité.

Veille - Détachement - Devoir de vigilance du donneur d'ordre

Le suivi des prestataires de services ayant recours au détachement a encore été modifié par le décret n° 2019-555 du 4 juin 2019. Entre autres évolutions, l'article R. 1263-12 du Code du travail impose qu'il soit dorénavant demandé au cocontractant ayant recours à des salariés détachés :

- non plus la copie de la déclaration de détachement effectuée via le téléservice « SIPSI » mais, plus logiquement, l'accusé de réception de cette déclaration ;
- et, ainsi que cela était attendu (notre Newsletter d'octobre 2018), une attestation sur l'honneur certifiant que le cocontractant s'est acquitté du paiement des sommes dues au titre des amendes administratives qui ont pu lui être imposées. Celle-ci doit comporter nom, prénom, raison sociale du cocontractant et la signature de son représentant légal.

La copie du document désignant le représentant du prestataire de services étranger n'est plus exigée, cette information figurant dorénavant dans la déclaration préalable de détachement – laquelle a également été modifiée sur différents points -.

A noter que ce décret définit également les services de l'inspection du travail pouvant bénéficier d'un droit de communication étendu (notre Newsletter d'octobre 2018 également). Sans surprise, il s'agit des services nationaux et régionaux spécialisés dans la lutte contre le travail illégal.

Publication

Parution d'un article intitulé « *Évolutions du droit du travail et nouvelles pratiques de l'avocat – Regards croisés entre droit social et droit pénal* » à la revue *Dalloz Avocats* n°8-9 des mois d'août et septembre derniers (page 414).

Abus de biens sociaux - Responsabilités pénale et civile du dirigeant

Par une décision destinée à être publiée au Bulletin, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par un dirigeant d'une société par actions simplifiée, à l'encontre de sa condamnation pour abus de biens sociaux. Il lui était reproché d'avoir organisé son licenciement dans le cadre d'une intégration à un plan de sauvegarde pour l'emploi et au dispositif de départ anticipé à la retraite, ainsi que l'octroi d'une avance sur son indemnité de départ, sans accord préalable du Conseil de surveillance de la société.

L'arrêt insiste sur l'importance des conventions réglementées afin d'entrer en voie de condamnation. Si la Cour sanctionne ce défaut en renvoyant aux textes applicables aux sociétés anonymes – ce qui, en l'occurrence, s'explique par le renvoi fait par les statuts de la SAS aux règles applicables à celles-ci –, la décision peut surtout surprendre en ce que l'absence du respect des procédures imposées aux conventions réglementées paraît devenir un élément suffisant à caractériser, à lui seul, l'abus de biens sociaux.

Ne pas respecter ces procédures constitue, certes, un indice potentiellement fort de la commission d'un abus, en ce qu'il peut impliquer que le dirigeant ne veut pas soumettre aux conseils d'administration ou de surveillance un acte le favorisant et qu'il sait être préjudiciable à l'intérêt social. On ne pourrait cependant que rester réservé face à une interprétation qui amènerait à considérer que cette lacune suffit à caractériser, à elle seule, tant les éléments matériels qu'intentionnels de l'infraction. Le respect des procédures devient ainsi, cela étant et sans surprise, critique.

La Chambre commerciale a également rendu une importante décision – publiée au Bulletin – en la matière par laquelle elle rappelle que la faute pénale intentionnelle d'un dirigeant est par essence détachable de ses fonctions, peu importe qu'elle fût accomplie dans le cadre de celles-ci.

En l'occurrence, une personne physique reconnue coupable de complicité d'abus de biens sociaux en ayant participé à des versements de commissions occultes censées permettre l'attribution de marchés, avait été condamnée à payer des dommages et intérêts à la société visée par l'ABS. L'intéressé contestait les conséquences de cette condamnation, en tentant d'obtenir le remboursement des dommages et intérêts car il avait agi « au nom et pour le compte » d'une autre société, dont il était le mandataire social et qui était indirectement intéressée par les commissions occultes versées.

La Cour de cassation refuse cependant un tel raisonnement : la faute pénale intentionnelle est détachable des fonctions, il importe peu qu'elle ait été commise dans le cadre de celles-ci. Le dirigeant doit supporter seul les conséquences financières de sa condamnation.

Crim. 25 septembre 2019, n°18-83.113 et Crim., 18 septembre 2019, n°16-26.962

Détachement – Proportionnalité des amendes

Les législations nationales cherchent à encadrer les conditions dans lesquelles les prestataires de services, fussent-ils européens, peuvent intervenir sur leurs territoires. La Cour de justice de l'Union européenne se voit ainsi régulièrement saisie de l'interprétation des traités européens afin de s'assurer de l'adéquation des législations nationales avec les libertés fondamentales.

Récemment, la Cour s'est notamment prononcée sur un régime permettant de sanctionner l'obligation pour les employeurs étrangers d'être en possession sur leur lieu d'intervention, durant toute la durée de détachement, d'un certain nombre de documents liés aux salariés et à leurs salaires. Dans sa décision, la Cour a insisté sur la possibilité pour une législation nationale de restreindre la liberté de prestation de services afin de permettre la protection sociale du travailleur ainsi que la lutte contre la fraude et la prévention des abus : une réglementation nationale peut ainsi sanctionner le défaut de conservation de documents relatifs aux salariés.

Toutefois, la Cour, bien qu'admettant que la sanction puisse varier avec le nombre de travailleurs concernés, souligne que celle-ci doit être proportionnée à la gravité des faits.

Le droit français qui prévoit un montant d'amende administrative pouvant monter à 4.000 euros par salarié concerné mais dans la limite d'un total de 500.000 euros peut ainsi paraître respecter les exigences dégagées par la Cour de justice.

Reste toutefois qu'un test de proportionnalité devra être appliqué et que l'on pourra, au cas par cas, s'interroger sur l'adaptation de certaines sanctions qui seraient prononcées, différents manquements pouvant ainsi donner lieu à un cumul de sanctions, dont celles qui seraient prononcées contre le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage. En ce cas, la somme totale ne devrait pas aller au-delà de ce qui pourrait être raisonnable, particulièrement si des mesures de suspension étaient en outre prononcées.

CJUE, 12 septembre 2019, aff. C-64/18

ABS - L'irrespect de la procédure des conventions réglementées suffit-elle à caractériser le délit ?

Détachement - Les sanctions prononcées pour un défaut de documentation doivent subir un test de proportionnalité

Fiscalité – Conditions de cumul des poursuites

Cumul des poursuites fiscales et pénales – Premiers critères du seuil de gravité

Par dérogation au principe *ne bis in idem* prohibant le fait d'être jugé ou puni deux fois pour les mêmes faits, les juridictions européennes admettent le cumul des poursuites fiscales et pénales lorsque les procédures sont reliées par « un lien matériel et temporel étroit » et à condition que les conséquences qui en découlent restent « proportionnées et prévisibles pour le justiciable » (CEDH, gr. ch., 15 nov. 2016, req. n° 24130/11). Le Conseil constitutionnel a adopté une position proche : de telles procédures sont selon lui complémentaires et permettent d'assurer la protection des intérêts financiers de l'Etat ; il a toutefois introduit une nuance en limitant ce cumul « aux cas de fraudes les plus graves » (Cons. Const. 24 juin 2016, n°2016-545).

Par trois arrêts rendus le 11 septembre 2019, la chambre criminelle de la Cour de cassation aborde la notion de gravité permettant d'ajouter la répression pénale à la sanction fiscale, en retenant trois critères, « la gravité pouvant résulter du montant des droits fraudés, de la nature des agissements de la personne poursuivie ou des circonstances de leur intervention dont celles notamment constitutives de circonstances aggravantes ».

Si le dernier critère fait référence à l'article 1741 du CGI qui prévoit expressément six circonstances aggravantes, aucun des

deux autres n'est davantage défini. Avancer à partir de quel montant la fraude recouvre une gravité suffisante ou quels sont les agissements susceptibles de justifier la répression restera encore sujet à interprétation. Le contenu de chaque arrêt apporte cependant les premiers éléments de réponse, la gravité ayant été caractérisée notamment en raison « des montants des droits éludés s'élevant à 276 562 euros », des manœuvres de dissimulation étant en outre constatées ; un montant de 235 580 euros a aussi été retenu, un recours à des intermédiaires établis à l'étranger étant simultanément relevé ; enfin, le fait pour un élu de la République d'avoir omis ses déclarations sur plusieurs années en dépit de mises en demeure a également été jugé suffisant.

Restera à connaître la position de la Cour européenne des droits de l'homme – notamment au regard de la prévisibilité de ces critères pour le justiciable –, laquelle est déjà saisie de la question. La validité de la réserve faite par la France à l'article 4 du protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme sera au centre des débats. De celle-ci découle en effet la possibilité de déroger au principe *ne bis in idem* en matière fiscale. On rappellera que l'enjeu est d'importance : si la gravité n'est pas établie, la prohibition du cumul de poursuites doit, à la suite de la con-

damnation fiscale, amener le juge pénal à prononcer une décision de relaxe.

Pour bénéficier d'une telle décision permettant d'échapper aux poursuites pénales, il faut cependant que les poursuites fiscales et pénales soient bien intentées contre la même personne : à la suite de ces arrêts, la Chambre criminelle a rendu une décision le 23 octobre suivant, par laquelle elle précise que le principe de proportionnalité de cumul des sanctions pénales et fiscales ne s'applique pas au bénéfice d'un Dirigeant, poursuivi à titre personnel devant le Tribunal correctionnel, lorsque le redevable légal de l'impôt est la société. Cela n'est pourtant pas sans conséquence, car l'intéressé peut alors être solidairement redevable de l'impôt ; la Chambre criminelle n'y voit cependant pas d'obstacle, jugeant que cette solidarité fiscale ne constitue pas une peine, de sorte que le principe de proportionnalité du cumul des sanctions ne lui est pas applicable.

La voie permettant l'application du principe *ne bis in idem* entre fiscal et pénal reste donc particulièrement étroite.

Cass. Crim. 11 septembre 2018, n°18-84.144 ; 18-81.067 ; 18-81.980

Cass. Crim., 23 octobre 2019, n° 18-85.088

Compliance - Directive européenne sur la protection des lanceurs d'alerte

La directive visant à instaurer un statut et un régime de protection harmonisés du lanceur d'alerte au sein de l'Union européenne a été adoptée par les Ministres de la justice des Etats membres le 7 octobre 2019 à la suite d'un long processus législatif (notre Newsletter de janvier 2018).

Comme son nom l'indique, celle-ci vise une protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'UE dans différents secteurs (marchés publics, services financiers, blanchiment de capitaux, sécurité des produits et des transports, sécurité nucléaire, santé publique, protection des consommateurs et des données). Les Etats membres peuvent néanmoins aller au-delà de cette liste.

Elle fixe en outre une obligation, pour les autorités et les entreprises, de réagir aux rapports des lanceurs d'alerte et d'y donner suite dans un délai de trois mois. Par ailleurs, quand bien même, les lanceurs d'alerte sont encouragés à utiliser en premier lieu les canaux internes à leur organisation, avant de se tourner vers des canaux externes, ils ne perdront toutefois pas la protection dont ils bénéficient s'ils décident de recourir en premier au signalement externe.

La directive prévoit également des garanties contre les représailles qui s'étendraient aux personnes qui aident les lanceurs d'alerte (notamment collègues, familles). Les Etats membres disposeront d'un délai de deux ans pour transposer cette directive.

ENQUETE		
	Principes	Exceptions
Phase d'enquête (préliminaire et flagrance)	Art. 11 CPP : Procédure secrète Aucun accès au dossier	Art. 77-2 et 77-3 CPP : Un an après garde-à-vue ou audition libre, toute personne peut demander au procureur de consulter le dossier afin de formuler des observations. À tout moment, le Procureur peut transmettre tout ou partie de la procédure au mis en cause ou à la victime.
Classement sans suite Art. 40-2s CPP	Art. R155 2° CPP : Le procureur doit autoriser la communication de la copie du dossier en cas de décision de classement sans suite.	Art. R155 2° CPP : Si le magistrat envisage un classement sans suite, le dossier ne peut pas être communiqué pendant la durée de l'enquête.
Mesures alternatives aux poursuites Art. 41 à 41-3 CPP	Art. R155 2° CPP : Demande de copie de l'ensemble de la procédure.	
Poursuites pénales	<u>Convocation / CRPC / Ordonnance pénale</u> Art. R155 2° CPP : Demande de copie de l'ensemble de la procédure. <u>En cas d'ordonnance pénale (OP) :</u> le dossier pénal n'est accessible qu'en cas d'opposition.	<u>Cas particulier de la comparution immédiate</u> Art. 394 CPP : L'avocat ou la personne déférée lorsqu'elle n'est pas assistée d'un avocat, peut, à tout moment consulter le dossier.

INSTRUCTION			
	Partie sans avocat	Témoïn assisté ou Mise en examen (avec avocat)	Partie civile (avec avocat)
Consultation du dossier par l'avocat Art. 113-3 (TA) Art. 114 CPP	Pas d'accès au dossier.	Dossier mis à la disposition de l'avocat quatre jours ouvrables avant chaque interrogatoire ou audition.	Dossier mis à la disposition de l'avocat quatre jours ouvrables avant chaque audition.
Accès à l'intégralité du dossier et mise à jour Art. 113-3 (TA) Art. 114 CPP	Possibilité de demander une copie de tout ou partie du dossier après la première comparution ou audition. Puis sa mise à jour à tout moment. La partie doit attester par écrit avoir pris connaissance des dispositions de l'art. 114-1 CPP.	Possibilité de demander une copie par l'avocat de tout ou partie du dossier après la première comparution ou audition puis sa mise à jour à tout moment.	Possibilité de demander une copie par l'avocat de tout ou partie du dossier après la première comparution ou audition puis sa mise à jour à tout moment.
Transmission de la copie par l'avocat à son client Art. 114 et 114-1 CPP		Après en avoir informé le magistrat, l'avocat peut transmettre à son client tout ou partie de sa copie. Le magistrat peut s'y opposer sous cinq jours. Le client doit remplir les conditions de 114-1 CPP.	Après en avoir informé le magistrat, l'avocat peut transmettre à son client tout ou partie de sa copie. Le magistrat peut s'y opposer sous cinq jours. Le client doit remplir les conditions de 114-1 CPP.
Condition de l'article 114-1 du CPP	La partie doit attester avoir pris connaissance des dispositions de l'article 114-1 CPP. Cet article prévoit qu'à l'exclusion du rapport d'expertise, le fait pour une partie, à qui une reproduction de la procédure d'instruction a été remise, de la diffuser auprès d'un tiers est puni de 10.000€ d'amende.		
Communication des expertises Art. 114 CPP	Communication des conclusions de l'expert à la partie. Elle peut demander la communication de l'intégralité du rapport (depuis le 25.03.2019). Elle peut le transmettre à un tiers pour les besoins de sa défense.	Communication des conclusions aux parties et leurs avocats. Remise de l'intégralité du rapport à leur demande. Ils peuvent transmettre à un tiers pour les besoins de la défense.	Communication des conclusions aux parties et leurs avocats. Remise de l'intégralité du rapport à leur demande. Ils peuvent transmettre à un tiers pour les besoins de la défense.
Ordonnances rendues pendant l'instruction	Art. 177 à 179 CPP : les ordonnances de règlement, que sont les ordonnance de non-lieu et de renvoi, sont communiquées à la personne mise en examen et au témoin assisté. La partie civile en est également informée. Ainsi que : Art. 137 CPP : l'ordonnance de placement en détention provisoire est notifiée à la personne mise en examen qui en reçoit copie intégrale. Art. 161-1 CPP : l'ordonnance décidant d'une expertise est adressée aux parties et à leurs avocats. Art. 175 CPP : l'avis de règlement est communiqué aux avocats des parties ou, directement aux parties si elles ne sont pas assistées. Art. 217 CPP : les arrêts de la Chambre de l'instruction sont adressés par courrier recommandé aux avocats des parties ; les décisions susceptibles de pourvoi sont notifiées aux parties. Tel est le cas des arrêts ordonnant le renvoi devant le tribunal correctionnel (574-1 CPP) ou des arrêts en matière de détention provisoire (148-1 CPP).		

GARDE A VUE		
Avocat Art. 63-4-1 CPP	Garde à vue Art. 63-4-1 CPP	Au cours d'une confrontation Art. 61-2 CPP
L'avocat peut consulter le procès-verbal de placement en garde-à-vue et de notification des droits, le certificat médical et les procès-verbaux d'audition de la personne qu'il assiste. Il ne peut en réaliser copie mais peut prendre des notes. Le procureur de la République ou le juge des libertés et de la détention peuvent décider que l'avocat ne peut, pendant une durée maximum de 12 heures, consulter les procès-verbaux d'audition de la personne gardée à vue (art. 63-4-2 CPP) : raisons impérieuses et garde à vue pour des infractions punies de peines de plus de 5 ans d'emprisonnement.	Le gardé à vue peut consulter les mêmes documents que l'avocat (cf. docs précités).	La victime n'a accès à aucun élément du dossier : ni les pièces de l'enquête, ni les documents en lien avec la garde à vue. Le gardé à vue n'a pas accès aux pièces de l'enquête, hormis les documents relatifs à son placement en garde à vue (cf. docs précités).