Lamy Droit pénal des affaires

ACTUALITÉS

→ CHRONIQUE

Faut-il encore caractériser l'élément intentionnel dans le délit de tromperie ?

Dans le courant du 1er trimestre 2011, des patients et une association de défense des consommateurs ont fait citer devant le Tribunal correctionnel de Nanterre les laboratoires Servier et leurs dirigeants sur le fondement des dispositions des articles L. 213-1 et L. 213-2 du Code de la consommation, prévoyant et réprimant le délit de tromperie en raison de la commercialisation du *Benfluorex* (amphétamine) sous la marque *Mediator*. Encore plus récemment, la presse généraliste s'est faite l'écho de la probable future mise en examen de Jacques Servier et des laboratoires Servier du chef, notamment, de tromperie aggravée.

N° 109
septembre
2011

ISSN 1635-7892

▸ **Emmanuel DAOUD**
Avocat associé, cabinet Vigo
▸ **Catherine GAMBETTE**
Avocat, cabinet Vigo

Les parties civiles reprochent notamment aux prévenus d'avoir, « *par réticence ou par mensonge, à tout le moins depuis mai 1995 et jusqu'au 30 novembre 2009, (...) délibérément trompé les consommateurs du Mediator 150 mg®, notamment sur la nature, l'espèce, l'origine, les qualités substantielles, la composition ou la teneur en principe utile de cette spécialité pharmaceutique* », ainsi que « *sur l'aptitude à l'emploi, les risques inhérents à l'utilisation de ce produit* » et « *ses effets indésirables possibles [,] ou en niant les caractéristiques de ce métabolisme et ses conséquences indésirables* ».

Les parties civiles prétendent que la tromperie reprochée reposerait :

- d'une part, sur la composition du *Mediator 150 mg®*, dont les consommateurs n'étaient pas en situation d'apprécier la nature anorexigène ;
- d'autre part, sur le métabolisme du *Mediator 150 mg®* et ses effets indésirables possibles ;
- et enfin, dès 1995, sur la connaissance par les laboratoires Servier des effets indésirables, des risques ▸

SOMMAIRE

CHRONIQUE 1
Faut-il encore caractériser l'élément intentionnel dans le délit de tromperie ?
ACTUALISATION DE L'OUVRAGE
▸ Comptes bancaires et remise à titre précaire 7
▸ Perquisitions douanières : constitutionnalité des mesures transitoires prévues par la loi de modernisation de l'économie 7
▸ Garde à vue et QPC 7
▸ Tribunal correctionnel citoyen 8
▸ Cour d'assises et jurés 8
PRATIQUE
▸ La motivation des arrêts de la cour d'assises 9
▸ Les citoyens assesseurs et l'application des peines 9
SOMMAIRE RÉCAPITULATIF 11

Ce bulletin actualise votre ouvrage entre deux éditions

Pour vous abonner à l'ouvrage et à son actualisation, contactez-nous au
N° Indigo 0 825 08 08 00
0,15 € TTC / MN
www.wkf.fr

Lamy
une marque Wolters Kluwer

de développement d'hypertension artérielle pulmonaire par l'utilisation d'un tel produit.

En conséquence, selon ces parties civiles, les laboratoires Servier auraient donc consciemment pris le risque de tromper le consommateur en ne délivrant pas une information adéquate.

Cet article n'a bien évidemment pas pour objet de commenter une affaire en cours et de donner un point de vue sur un dossier et des procédures dont les auteurs ignorent tout, en dépit de l'extrême médiatisation de cette affaire et notamment de la publication du rapport de l'Inspection générale des affaires sociales.

En revanche, cette actualité judiciaire nous autorise à faire un point utile nous semble-t-il, sur la définition de l'élément intentionnel du délit de tromperie par la jurisprudence et le parallèle qui peut être fait avec l'infraction voisine des pratiques commerciales trompeuses. En particulier, nous devons nous interroger sur la réalité de la portée de l'*article 121-3, alinéa 1er, du Code pénal*, aux termes duquel « *il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre* », et son application par la chambre criminelle de la Cour de cassation et par les juridictions du fond.

Va-t-on vers une présomption d'intentionnalité en ce qui concerne cette infraction ? La réponse nous semble devoir être positive.

I. – La caractérisation de l'élément intentionnel du délit de tromperie

A. - Une acceptation large de l'élément moral

Le délit de tromperie, délit intentionnel, suppose, pour être caractérisé, que soit rapportée la preuve de l'élément intentionnel : le prévenu doit avoir agi de mauvaise foi. Cette règle n'est pas spécifique au délit de tromperie et est rappelée, en termes généraux, à l'*article 121-3, alinéa 1er, du Code pénal* aux termes duquel « *il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre* ».

Exerçant un contrôle sur ce point, la Cour de cassation exige des juges du fond qu'ils précisent les éléments de fait desquels peut se déduire la mauvaise foi du prévenu, c'est-à-dire la connaissance du caractère erroné des qualités qu'il prête au produit.

Très rapidement toutefois, et cette jurisprudence est désormais établie depuis une vingtaine d'années, la Cour de cassation s'est montrée très peu exigeante dans la démonstration de l'élément intentionnel s'agissant des professionnels (très majoritairement concernés par cette infraction), en en retenant une acception large. Ainsi, par un arrêt du 13 janvier 2009, la Chambre criminelle a censuré une cour d'appel qui avait relaxé le prévenu du chef de tromperie aux motifs que : « *attendu que, pour relaxer le prévenu du chef de tromperie, les juges du second degré retiennent qu'il a agi de bonne foi en reportant, sur les indications du représentant du fabricant, la mention erronée sur les documents de vente, et "qu'il n'a pas mis en danger délibérément la personne d'autrui ni sa sécurité" ; Mais attendu qu'en se déterminant par ces motifs, partiellement inopérants, sans rechercher, comme l'y invitaient les réquisitions du ministère public, appelant, si, en sa qualité de professionnel de l'automobile, Arthur X... Silva n'avait pas le devoir de vérifier la puissance fiscale des voitures qu'il commercialisait et si cette caractéristique n'était pas une qualité substantielle des véhicules, au regard de leurs performances et de leur valeur, le tribunal supérieur d'appel* [de Saint Pierre et Miquelon] *n'a pas justifié sa décision* » (*Cass. crim., 13 janv. 2009, n° 08-84.908*).

La mauvaise foi du prévenu professionnel sera ainsi déduite de l'absence de vérification ou contrôle, par ce dernier, du bien ou du produit vendu. Il s'agit là d'une jurisprudence fermement établie de la Cour de cassation.

Plusieurs développements jurisprudentiels récents, parfois contradictoires, nous permettent d'affiner la position actuelle de la chambre criminelle sur cet élément constitutif de l'infraction.

→ 1. Quid de l'influence de la jurisprudence rendue en matière de pratiques commerciales trompeuses ?

Ainsi, et en premier lieu, l'on a pu s'interroger sur les répercussions éventuelles sur le délit de tromperie de la jurisprudence récente rendue en matière de pratiques commerciales trompeuses.

Rappelons que les pratiques commerciales trompeuses sont une notion issue de la *loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008, loi de transposition de la directive européenne n° 2005/29/CEE du Parlement et du Conseil du 11 mai 2005*, et figurent à l'*article L. 121-1 du Code de la consommation* :

« *I. Une pratique commerciale est trompeuse si elle est commise dans l'une des circonstances suivantes :*

1° lorsqu'elle crée une confusion avec un autre bien ou service, une marque, un nom commercial, ou un autre signe distinctif d'un concurrent ;

2° lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant sur l'un ou plusieurs des éléments suivants :

a) l'existence, la disponibilité ou la nature du bien ou du service ;

b) les caractéristiques essentielles du bien ou du service, à savoir : ses qualités substantielles, sa composition, ses accessoires, son origine, sa quantité, son mode et sa date de fabrication, les conditions de son utilisation et son aptitude à l'usage, ses propriétés et les résultats attendus de son utilisation, ainsi que les résultats et les principales caractéristiques des tests et contrôles effectués sur le bien ou le service ;
c) le prix ou le mode de calcul du prix, le caractère promotionnel du prix et les conditions de vente, de paiement et de livraison du bien ou du service ;
d) Le service après-vente, la nécessité d'un service, d'une pièce détachée, d'un remplacement ou d'une réparation ;
e) La portée des engagements de l'annonceur, la nature, le procédé ou le motif de la vente ou de la prestation de services ;
f) L'identité, les qualités, les aptitudes et les droits du professionnel ;
g) Le traitement des réclamations et les droits du consommateur ;
3° Lorsque la personne pour le compte de laquelle elle est mise en œuvre n'est pas clairement identifiable ».

Cet article L. 121-1 réprimait, avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, exclusivement le délit de publicité mensongère ou de nature à induire en erreur. Aujourd'hui, ce délit de publicité mensongère ou de nature à induire en erreur est inclus dans la nouvelle incrimination qui englobe toutes les pratiques, autres que publicitaires, trompeuses.

La chambre criminelle avait jugé, de longue date, que l'ancien délit de publicité mensongère ou de nature à induire en erreur était un délit non intentionnel et exigeait donc seulement, pour entrer en voie de condamnation, la démonstration d'une faute d'imprudence ou de négligence. Statuant pour la première fois sur l'infraction de pratiques commerciales trompeuses, par un arrêt de rejet du 15 décembre 2009, la Cour de cassation a toutefois jugé que : « *le prévenu n'a pas pris toutes les précautions propres à assurer la véracité des messages publicitaires, et dès lors que la seule constatation de la violation, en connaissance de cause, d'une prescription légale ou réglementaire implique de la part de son auteur l'intention coupable exigée par l'article 121-3, alinéa 1er, du Code pénal, la cour d'appel a justifié sa décision* » (*Cass. crim., 15 déc. 2009, n° 09-83.059, Bull. crim., n° 212*). Rompant ainsi avec une jurisprudence constante de plusieurs dizaines d'années, la Cour de cassation a ainsi affirmé que le délit de pratiques commerciales trompeuses était un délit intentionnel. Adoptant toutefois une acceptation large de l'élément intentionnel, des auteurs ont légitimement considéré que l'affirmation du caractère intentionnel de l'infraction pouvait n'apparaître que théorique et se rapprocher de celui défini en matière de tromperie tel que rappelé ci-dessus, dans la mesure où la chambre criminelle, dans cette espèce, a adopté une conception très large de l'élément moral.

La chambre criminelle est allée encore plus loin dans l'appréciation de l'élément intentionnel du délit de pratiques commerciales trompeuses dans un arrêt du 23 mars 2010 (*Cass., crim., 23 mars 2010, n° 09-82.545*). Dans cette espèce, alors que le principal moyen du pourvoi contestait le caractère trompeur de la publicité, considérant que l'affichage contesté était simplement imprécis, et ne portait nullement sur l'élément intentionnel, la Cour de cassation a cassé l'arrêt en jugeant : « *attendu que le juge répressif ne peut prononcer une peine sans avoir relevé tous les éléments de l'infraction qu'il réprime* », et « *attendu que pour confirmer le jugement sur la culpabilité, l'arrêt retient que l'affichage litigieux créait une confusion de nature à induire en erreur le consommateur sur l'origine de la viande qui lui était servie ; mais attendu qu'en l'état de ces seules énonciations, qui ne caractérisent pas le délit de publicité trompeuse, la cour d'appel qui n'a pas recherché si les faits dont elle était saisie ne constituaient pas la contravention de la troisième classe prévue par l'article 3 du décret du 17 décembre 2002* [infraction consistant à vendre, servir ou livrer de la viande bovine sans préciser son origine], *n'a pas justifié sa décision* ». Ainsi, alors même qu'aucun moyen du pourvoi ne portait sur l'élément intentionnel de l'infraction, la Cour de cassation rappelle que cet élément manquait à l'espèce, de sorte que l'infraction ne pouvait être constituée. Il était, dans ces conditions, légitime de considérer que la Cour de cassation était revenue à une certaine orthodoxie, s'agissant de la caractérisation nécessaire de l'élément intentionnel, à tout le moins pour le délit de pratiques commerciales trompeuses (*Dreyer E., Non intentionnelle, la pratique commerciale trompeuse constitue une simple contravention, D. 2010, p. 1913*) et de s'interroger sur l'influence de cette jurisprudence sur le délit de tromperie.

→ 2. Vers une présomption d'intentionnalité ?

En réalité, la chambre criminelle n'a pas infléchi sa jurisprudence en matière de tromperie. C'est ainsi que récemment, par un arrêt du 5 avril 2011, elle a confirmé l'arrêt frappé de pourvoi en précisant : « *attendu qu'en l'état, l'arrêt n'encourt pas la censure, dès lors que le délit de tromperie sur la marchandise livrée est caractérisé quel que soit le contrat à l'origine de la livraison et qu'il appartenait au prévenu, en sa qualité de professionnel, de s'assurer de la conformité et des qualités substantielles de l'objet* » (*Cass. crim., 5 avr. 2011, n° 10-84.229* ; voir également *Cass. crim.,* ►

30 nov. 2010, n° 09-85.079). Ainsi aucune remise en cause de la jurisprudence ancienne bien établie et rappelée ci-dessus.

Cependant, la jurisprudence développée par la chambre criminelle a suscité bien des réticences de la part des juridictions du fond. A titre d'exemple, citons cet arrêt de la 6e chambre de la Cour d'appel de Douai du 19 octobre 2010 (*CA Douai, 6e ch., 19 oct. 2010, n° RG : 10-13*), qui a confirmé le jugement de relaxe du Tribunal de grande instance de Beauvais du 24 juin 2008 sur renvoi après cassation d'un arrêt de la Cour d'appel d'Amiens du 8 avril 2008. La prévenue faisait valoir pour sa défense qu'aucune circonstance de la cause ne permettait de caractériser sa mauvaise foi, qui ne pouvait se déduire du seul constat des anomalies relevées par le service de contrôle (DGCCRF). Considérer qu'une simple négligence de sa part, tel qu'un défaut de surveillance, suffirait à caractériser l'élément intentionnel, ferait ainsi du délit de tromperie un délit purement matériel.

La Cour d'appel de Douai a motivé son arrêt de relaxe de la façon suivante : « *Il n'est pas établi que ce serait sur les instructions de* (...) *que les étiquettes erronées ont été apposées ou qu'elle aurait eu connaissance de leur existence. Attendu qu'il résulte des termes même du procès verbal de contrôle que la prévenue est la dirigeante statutaire d'une société employant 250 salariés ayant pour objet l'élaboration de produits destinés à la restauration hors foyers. Que, compte tenu de l'importance de l'activité de cette entreprise industrielle, elle n'assurait pas la gestion opérationnelle des achats de viande et des opérations de découpe et de transformation confiées respectivement à un responsable achat et un directeur de production. Que les anomalies constatées ne concernaient qu'un atelier de découpe, et ne portaient que sur une catégorie de viande, et qu'elles ont été révélées aux agents de constatation grâce au système de traçabilité mis en place au sein de l'entreprise. Qu'il ne peut donc être retenu qu'il s'agirait d'une pratique systématique qui par son ampleur, ne pouvait être que connue de la prévenue. Qu'au regard de la période de prévention retenue, soit deux mois, le chiffre d'affaires généré par l'étiquetage erroné* (...), *qu'il ne s'agit pas d'un gain économique qui, par son ampleur, serait de nature à constituer un indice sérieux de l'intention frauduleuse de la prévenue. Que dans ce contexte* (...), *l'élément intentionnel du délit n'apparaît pas caractérisé, dès lors que la preuve d'une quelconque défaillance de* (...) *dans l'exercice de son pouvoir de contrôle et de surveillance n'est pas rapportée* ». Dans cette espèce, le Tribunal correctionnel de Beauvais puis la Cour d'appel d'Amiens, puis la Cour d'appel de Douai (statuant après renvoi) ont relaxé la prévenue en retenant une interprétation restrictive, et plus conforme au texte, de l'élément moral de la tromperie, aux antipodes de la position dernièrement développée par la chambre criminelle de la Cour de cassation, qui s'apparente à la consécration d'une présomption d'intentionnalité.

En effet, alors même que par l'arrêt précité du 15 décembre 2009, rendu certes en matière de pratiques commerciales trompeuses, la Cour de cassation semblait appeler à la rigueur s'agissant de l'élément intentionnel, elle rendait, à la même période, un arrêt aux termes duquel l'intention était tout simplement présumée s'agissant du délit de tromperie. Abondamment commenté sous l'angle de la responsabilité pénale de la personne morale (*Gallois A., Responsabilité pénale des personnes morales, une responsabilité à repenser, Bulletin d'actualité Lamy Droit pénal des affaires 2011, G*), l'arrêt du 1er décembre 2009 (*Cass. crim., 1er déc. 2009, n° 09-82.140*) doit ici retenir particulièrement notre attention sous l'angle du délit de tromperie. Dans cette affaire, la société ED a été condamnée par la cour d'appel du chef de tromperie pour avoir présenté des préparations et conserves à base de poissons dont la masse nette égouttée s'est avérée non conforme. Rien d'original s'agissant des faits, cette affaire étant d'une grande banalité dès lors que le secteur de l'alimentaire est souvent confronté à des procédures en tromperie. Au soutien de son pourvoi, la société invoquait trois moyens, deux avaient trait à l'élément matériel de la tromperie et ne retiendront pas notre attention dans le cadre de la présente chronique. Le troisième en revanche était libellé comme suit : « *alors qu'une personne morale n'est responsable pénalement que des infractions commises pour son compte par ses organes ou représentants ; qu'en se bornant à affirmer que " la prévenue ne pouvait ignorer, compte tenu de sa spécificité professionnelle et de son évidente connaissance des textes ", la non-conformité de la marchandise, sans démontrer que cette prétendue tromperie était imputable à l'un de ses organes ou représentants auquel un tel reproche pouvait effectivement être adressé, la cour d'appel a privé sa décision de toute base légale au regard des articles 121-2 et 121-3 du Code pénal*, ensemble l'*article L. 213-1 du Code de la consommation* ». Balayant cet argument, la chambre criminelle a jugé qu' « *en cet état, la cour d'appel, qui a caractérisé en tous ses éléments, tant matériels qu'intentionnel, le délit de tromperie, a justifié sa décision, dès lors que si l'arrêt ne précise pas son identité, l'auteur du manquement à l'obligation de vérifier la conformité du produit mis en vente ne peut être qu'un organe ou un représentant de la société* ». Ainsi, non seulement la Cour

de cassation, adoptant une conception de la responsabilité pénale des personnes morales résolument *contra legem*, créant ainsi une véritable présomption sur la qualité de l'auteur – nécessairement un organe ou un représentant – créé une seconde présomption : celle de l'intention coupable. S'il n'est en effet plus nécessaire, pour engager la responsabilité pénale de la personne morale, que l'organe ou le représentant soit identifié, cela suppose *de facto* que l'intention de cet agent est présumée. Il s'agit là, à notre sens, d'un pas supplémentaire franchi par la Cour de cassation dans l'appréciation de l'élément intentionnel, puisque d'une conception extensive, à tout le moins pour les professionnels (majoritairement concernés par cette infraction), l'on passe à une présomption d'intentionnalité. Cette jurisprudence ne saurait recueillir l'aval des praticiens, tant sur le plan de la responsabilité pénale des personnes morales que du délit de tromperie.

Quels que soient les secteurs d'activités, les professionnels doivent donc avoir conscience que la dernière jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation est loin de leur être favorable. En effet, force est de constater qu'en matière de tromperie, la Cour de cassation a une conception « *libérale* » de l'*article 121-3 du Code pénal*, qui se traduit par le recours à une présomption de responsabilité à raison de la qualité de professionnel du prévenu. C'est pourquoi, les entreprises se doivent d'intégrer dans leurs bonnes pratiques une veille juridique efficace sur le délit de tromperie et les infractions voisines afin d'assurer une bonne gestion du risque pénal tant en terme de remédiation que de prévention. Cette présomption de responsabilité n'est pas le propre du délit de tromperie puisqu'aussi bien nous la retrouvons en matière d'hygiène et de sécurité, matière dans lesquelles les infractions se transforment souvent en infractions simplement matérielles. En effet, la simple constatation de la transgression matérielle de la loi suffira alors pour entraîner une condamnation, sans que la preuve de l'élément intentionnel soit réellement recherchée, voire rapportée. Le risque pénal ainsi créé par l'activité des tribunaux et singulièrement par l'évolution parfois erratique de la jurisprudence, doit par conséquent être pris en considération par les entreprises. Enfin, s'agissant de l'affaire du *Mediator*, on peut légitimement s'interroger sur la pertinence du recours à une procédure sur citation directe fondée essentiellement sur un rapport administratif de l'IGAS, enquête administrative dont on ne peut pas dire qu'elle se caractérise par le respect du principe du contradictoire…Si l'on peut comprendre la volonté de certaines parties civiles de tenter d'obtenir des condamnations le plus rapidement possible, l'on peut également s'étonner que la procédure pénale puisse autoriser, dans des affaires d'une si grande complexité, que l'on se dispensât de l'ouverture d'une information judiciaire, seule procédure à notre sens de nature à assurer, à ce stade, le respect des droits de la défense (procédure à laquelle ont par ailleurs recours la grande majorité des plaignants dans l'affaire du *Mediator*). Le Tribunal correctionnel de Nanterre sera peut-être d'ailleurs contraint d'ordonner un supplément d'information…