

---

## L'entreprise et le risque en droit pénal (annales 2001)

L'effectivité de la loi pénale ne saurait se mesurer à la même aune que celle des autres lois. Les fonctions de prévention et d'expression des valeurs importent en réalité autant que celle de répression, comme en témoigne précisément le risque pénal de l'entreprise. L'entreprise, quelle que soit sa forme, sociétaire ou unipersonnelle, a vu son action encadrée par un nombre croissant de règles pénales destinées à assainir les relations économiques. Or ce droit pénal économique, aux dispositions éparses (Code pénal, Loi du 24 juillet 1966, Loi du 25 janvier 1985 notamment) est parfois accusé d'inefficacité en raison du faible nombre d'infractions constatées et réprimées. Cependant, il convient de ne pas négliger l'effet de prévention générale de la loi pénale en ces matières où, sans qu'on puisse le quantifier avec certitude, le droit a tout de même contribué à initier de nouvelles pratiques au sein de l'entreprise, dans des domaines aussi variés que les relations de travail et la sécurité, la passation des marchés ou bien encore le respect de l'environnement.

C'est avec le bénéfice de cette observation que l'on peut considérer la traditionnelle antienne d'une pénalisation excessive de la vie économique et son corollaire, c'est-à-dire le souhait d'une assez large dépénalisation. Il faut reconnaître que le risque pénal de l'entreprise, défini comme le risque d'être attiré devant une juridiction répressive, s'est accru depuis la seconde guerre mondiale en raison d'une inflation législative évidente : dans le maquis des textes, c'est parfois en toute bonne foi que le chef d'entreprise violera la loi pénale, comme en témoigne la jurisprudence relative à l'erreur de droit. Cela dit, il convient aussitôt d'ajouter que cette pénalisation accrue tient aussi aux organes de contrôle qui ont été institués ou ont redoublé de vigilance (les autorités administratives indépendantes, les chambres régionales des comptes, mais aussi les commissaires aux comptes tenus d'une obligation de dénonciation des faits délictueux) transmettant au Parquet des dossiers si étayés que la poursuite s'imposait.

L'accroissement général du risque pénal de l'entreprise **(I)** est donc certain, mais ce mouvement a suscité une réaction en faveur d'une répression plus nuancée, moins aveugle, qui tienne compte de la variété des situations mais aussi et surtout des pouvoirs effectivement détenus par chacun au sein de l'entreprise. Tel fut l'objet des Lois Fauchon des 13 mai 1996 et 10 juillet 2000, adoptées sous la pression notamment des chefs d'entreprise, et qui contribuent à l'allègement ponctuel du risque pénal de l'entreprise **(II)**.

### **I – L'accroissement général du risque pénal de l'entreprise**

L'accroissement général du risque pénal de l'entreprise tient non seulement à l'intensification des moyens légaux d'incrimination (A), mais encore au rôle du juge pénal (B).

#### **A - L'accroissement des moyens légaux d'incrimination**

L'accroissement des moyens légaux d'incrimination tient d'une part à la création de la responsabilité pénale des personnes morales **(1)** et d'autre part à l'inflation législative **(2)**.

##### 1 - La création de la responsabilité pénale des personnes morales

Sous l'empire du Code de 1810, l'individualisme s'opposait au principe même d'une responsabilité de la personne morale. La Chambre criminelle refusait fermement que des personnes morales encourent une responsabilité pénale, fût-elle pécuniaire. Quant au législateur, il s'en tenait au principe individualiste du Code napoléonien, à l'exception de quelques rares textes qui envisageaient une responsabilité pénale de la personne morale. Ainsi de l'ordonnance du 30 juin 1945 sur les prix, abrogée en 1986. C'est au terme d'un

ample débat d'idées que le Code pénal de 1994 consacra la responsabilité des personnes morales

dans son article 121-2. La loi vise les groupements qui ont la personnalité morale, ce qui signifie qu'une société créée de fait ou une société en participation n'est pas susceptible de poursuites. Toutes les personnes morales peuvent être responsables (à l'exception de l'Etat), à condition toutefois que soit respecté le principe de spécialité en ce qui concerne les infractions : les êtres moraux ne peuvent être engagés qu'à propos des infractions pour lesquelles un texte légal le prévoit expressément.

Cette institution nouvelle accroît le risque pénal de l'entreprise pour au moins deux raisons. D'une part, la responsabilité de la personnes morale peut se cumuler en principe avec celle du chef d'entreprise, ce qui est de nature à démultiplier les poursuites. Ensuite et surtout, le principe de spécialité précédemment évoqué paraît aujourd'hui illusoire si l'on considère la litanie des textes récents qui ont considérablement accru la liste des infractions pour lesquelles la personne morale peut voir sa responsabilité engagée. Cela crée une incertitude évidente et certains proposent en doctrine d'abandonner ce principe de spécialité qui est vidé de son contenu : la condition principale de mise en œuvre de cette responsabilité tiendrait alors à la commission d'une infraction pour le compte de la personne morale. Cela dit, la personne morale n'est pas la seule à être concernée par l'inflation législative.

## 2 - L'inflation législative

L'inflation législative qui touche l'entreprise concerne aussi bien les infractions contre les biens que les infractions contre les personnes.

Tout d'abord, la complexité croissante des circuits économiques et financiers a démultiplié les possibilités d'une activité délictueuse des entreprises. Le législateur a tenté de contrecarrer cette évolution en densifiant le maillage pénal en matière économique et financière. C'est ainsi que la Loi du 22 décembre 1970 a créé le délit d'initié inséré dans l'article 10-1 de l'ordonnance du 28 septembre 1967 ayant institué la Commission des Opérations de Bourse. Cet acte de naissance du droit pénal boursier a ensuite été complété par de nombreux textes intégrés eux aussi à l'ordonnance de 1967. Cependant, cette inflation législative s'est faite, comme souvent, au détriment des exigences qualitatives telles qu'elles sont requises par le principe de légalité criminelle : précision et clarté. Ainsi l'affaire Pechiney a-t-elle révélé en 1987 les failles de la définition légale du délit d'initié. Ces lacunes furent en partie comblées par la jurisprudence et la Loi du 2 août 1989, mais il paraît évident que certaines entreprises ont fait sur ce terrain les frais d'une loi pénale imprécise.

Il convient d'ajouter que certaines infractions nouvelles créent un risque pénal d'autant plus grand qu'elles ne sont pas comprises par les responsables d'entreprises. Ainsi du délit de favoritisme, c'est-à-dire d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics. Ce délit, issu d'une Loi du 3 janvier 1991 et qui figure à l'article 432-14 du Code pénal, demeure mal compris des opérateurs économiques qui y voient davantage une faute administrative – non respect du Code des marchés publics – qu'une faute pénale, et cela d'autant plus que les sanctions sont encourues même si l'individu poursuivi n'en a tiré aucun profit personnel.

Par ailleurs, une des innovations les plus marquantes du Code pénal de 1994 fut la création du délit d'exposition d'autrui à un risque (Article 223-1 du Code pénal) dans le but de sanctionner les comportements les plus téméraires sur la route mais aussi en entreprise (sécurité du travail). Or l'un des paradoxes les plus marquants de cette innovation, c'est qu'en dépit du luxe d'adjectifs et d'adverbes utilisés par le législateur afin d'encadrer l'infraction conformément au principe de légalité criminelle, la disposition laisse une marge importante d'appréciation aux juges du fond, ce qui accroît évidemment l'incertitude de la répression.

## **B - Le rôle du juge pénal**

Le rôle du juge pénal est un facteur d'incertitude et donc de risque pénal pour l'entreprise, qu'il s'agisse du principe même de cette intervention (1) ou du moment de cette intervention (2).

### 1 - L'incertitude quant au principe de l'intervention du juge pénal

Le principe de l'intervention du juge pénal est incertain, qu'il s'agisse de délinquance économique et financière ou de fautes d'imprudence.

S'agissant de délinquance économique et financière, le juge pénal est en concurrence avec des autorités administratives indépendantes telles que la COB ou le Conseil de la Concurrence. Le juge pénal n'intervient le plus souvent que pour les infractions les plus graves, tandis que l'intervention des autorités administratives dépend pour sa part d'une appréciation d'opportunité par l'administration.

S'agissant des fautes d'imprudence, et singulièrement d'imprudence caractérisée sur le terrain du délit d'exposition d'autrui à un risque (article 223-1 du Code pénal), on a pu observer une certaine instrumentalisation de la faute pénale en faveur de la réparation des dommages. En effet, la solvabilité de l'entreprise conduit à rechercher à tout coup sa responsabilité à travers son représentant, bien souvent le chef d'entreprise.

Or cette recherche est facilitée par la théorie de l'équivalence des conditions qui permet de retenir comme auteur du dommage le chef d'entreprise en tant qu'auteur indirect ou médiat du dommage causé. Cette pénalisation tend à gauchir la fonction du droit pénal dans la mesure où la répression devrait être conditionnée avant tout par la dangerosité de l'individu et non par la désignation d'un responsable solvable, comme il en va en matière de responsabilité civile.

### 2 - L'incertitude quant au moment de l'intervention du juge pénal

C'est sans doute en matière de prescription du délit d'abus de biens sociaux que le risque pénal de l'entreprise en matière de délit intentionnel a été le plus souvent souligné. S'agissant d'une délinquance astucieuse, et face à l'absence de transparence de nombreuses sociétés commerciales, les juges du fond puis la Cour de cassation ont été conduits à reculer le point de départ de la prescription. Juridiquement le délai de trois ans par du jour où l'acte d'abus a été commis. Cependant l'acte restera souvent assez longtemps ignoré, d'où la tendance des juges à renforcer la répression en retardant le point de départ au jour où l'acte, dissimulé, est apparu et a pu être constaté (Crim. 6 février 1997 jurisprudence Noir / Botton). Face à de nombreuses critiques doctrinales, qui relevaient une atteinte évidente au principe de légalité criminelle, la Cour de cassation a procédé à un nouveau réglage dans un arrêt du 13 octobre 1999, confirmé ultérieurement : le point de départ de la prescription de l'abus de biens sociaux est désormais fixé à la révélation des faits dans les comptes sociaux.

Cette tendance à reculer le point de départ de la prescription ne se vérifie pas seulement sur le terrain de l'abus de biens sociaux mais concerne plus largement les infractions dites clandestines. Ainsi, sur le terrain du favoritisme, la Cour de cassation a-t-elle décidé que le délit ne se prescrit qu'à compter du jour où il est apparu, dès lors qu'il est établi que les actes ont été dissimulés ou accomplis de manière occulte (Crim. 27 octobre 1999).

On le voit, le risque pénal de l'entreprise peut être observé non seulement sur le terrain des infractions contre les biens mais encore sur le terrain des infractions contre les personnes, surtout lorsque le principe de légalité criminelle est malmené. Cela dit, ce risque pénal n'est pas sans remèdes et un certain nombre de réformes récentes vont dans le sens de son allègement ponctuel.

## **II – L'allègement ponctuel du risque pénal de l'entreprise**

Il est remarquable que depuis plusieurs années l'on ait stigmatisé la pénalisation excessive de la vie économique dont pâtissent les entreprises et que l'on ait fait des propositions nombreuses à l'origine d'un mouvement de dépénalisation (A). Par ailleurs, il est loisible à l'entreprise de se décharger du risque pénal en organisant des délégations de pouvoirs ou en arguant dans un procès d'une erreur de droit (B).

## **A - Le mouvement de dépénalisation**

La Loi NRE (nouvelles régulations économiques) du 15 mai 2001 a procédé à une dépénalisation de certains délits du droit des sociétés en y substituant des injonctions judiciaires. Ce n'est là que le dernier avatar d'un vaste mouvement de dépénalisation qui intéresse l'entreprise, qu'il s'agisse d'une dépénalisation effective (1) comme en matière de délits non intentionnels, ou de dépénalisation apparente (2) qui se traduit par un transfert de compétences en faveur d'autorités administratives indépendantes.

### 1 - La dépénalisation effective : l'exemple des délits non intentionnels

La Loi du 13 mai 1996, adoptée sur le rapport du sénateur Fauchon et sous la pression des décideurs publics et privés, appelait les juges répressifs à une application plus nuancée des délits non intentionnels en tenant compte des justes niveaux de compétences et notamment des délégations de pouvoirs qui auraient pu être consenties. Cet appel à une appréciation *in concreto* de la faute d'imprudence en matière pénale ne fut pas vraiment entendu par la jurisprudence qui continua à considérer *in abstracto* que la seule qualité de chef d'entreprise fournissait l'occasion et les moyens de prévenir le dommage (Crim. 19 novembre 1996).

Aussi la Loi du 10 juillet 2000, adoptée également sur le rapport du sénateur Fauchon, est-elle allée plus loin. Celle loi exige que la faute pénale d'imprudence ne soit retenue que s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences, ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait (art. 121-3 alinéa 3 du Code pénal). La loi dissocie par ailleurs la faute pénale d'imprudence de la faute civile lorsque les personnes physiques n'ont pas causé directement le dommage. Cela intéresse particulièrement le chef d'entreprise qui n'est souvent que l'auteur indirect ou médiateur du dommage. Dans ce cas, sa responsabilité pénale ne pourra être engagée qu'en cas de faute délibérée ou particulièrement grave (art. 121-3, alinéa 4 du Code pénal). Enfin, la loi du 10 juillet 2000 affirme que l'absence de faute pénale ne fait pas obstacle à l'exercice d'une action devant le juge civil (art. 4-1 du CPP), ce qui contribue à clarifier la distinction entre répression et réparation du dommage.

### 2 - La dépénalisation apparente

Outre le secteur des entreprises en difficulté, qui a fait l'objet d'une large décriminalisation (certains cas de banqueroute ont disparu) et d'une dépénalisation (la faillite personnelle et l'interdiction de gérer deviennent des sanctions de substitution), c'est surtout en matière de droit de la concurrence et de droit boursier que la dépénalisation a été la plus marquée. Ainsi de l'institution de sanctions boursières, confiées au premier degré à la Commission des Opérations de Bourse. Toutefois cette dépénalisation n'est qu'apparente car les sanctions infligées par les autorités administratives indépendantes relèvent de la « matière pénale » dans la mesure où elles font grief à l'entreprise. Il est intéressant d'observer que cette notion de matière pénale, forgée notamment à partir du célèbre arrêt de la CEDH du 21 février 1984 – Ozturk – est de nature à offrir aux entreprises un socle minimal de garanties, notamment procédurales, quand bien même la sanction est infligée par une autorité distincte du juge pénal. Le droit pénal apparaît alors moins comme un risque que comme une garantie pour l'entreprise.

## **B - Les défenses de l'entreprise contre le risque pénal**

L'entreprise peut faire face au risque pénal en mettant en place une politique de délégations de pouvoirs (1) ou bien encore en plaquant lors d'un éventuel procès l'erreur de droit (2).

### 1 - La délégation de pouvoirs

Dans les entreprises de grande envergure la jurisprudence considère qu'il n'y a plus seulement une faculté de déléguer mais bien une obligation de déléguer (Crim. 1<sup>er</sup> octobre 1991). Si les délégations de pouvoirs sont rédigées en termes clairs et précis, assignant à chacun une tâche nettement circonscrite, les juges en tiendront compte dans l'appréciation des responsabilités pénales, ce qui permet à l'entreprise de juguler le risque pénal en l'anticipant.

### 2 - L'erreur de droit

Les rédacteurs du Code pénal de 1994 ont reconnu, en réaction contre une position jurisprudentielle traditionnellement hostile, l'erreur de droit invincible (article 122-3 du Code pénal). Cette erreur de droit est appréciée restrictivement puisqu'elle renvoie surtout à l'hypothèse où l'intéressé, doutant de la portée d'un texte pénal, s'est adressé à l'administration compétente qui l'a induit en erreur. Tel fut le cas dans un arrêt de la chambre criminelle du 24 novembre 1998 où un chef d'entreprise avait reçu une information erronée de l'administration compétente sur l'interprétation des textes relatifs à la durée hebdomadaire du travail. L'effet exonératoire fut acquis, ce qui prouvait par ailleurs combien le droit pénal du travail demeure abscons, même pour les professionnels du droit.

*Le risque pénal de l'entreprise oscille entre un accroissement général et des réformes contemporaines visant à l'alléger ponctuellement. Même si le mouvement de dépenalisation paraît irréversible en matière économique et financière, il convient de souligner que le retrait du juge pénal n'est jamais total. Cela tient au rôle irréductible du droit pénal qui ne concerne pas seulement la protection de l'intégrité physique des individus. En effet, le patrimoine est le prolongement de la personne et la protection des biens est loin d'être sans importance. Les scandales financiers peuvent ébranler un Etat et conduire certains épargnants à la ruine.*